Archiv
für die
Civilistische Praxis.

Zweiunddreißigster Band. Erstes Heft.

I.

Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe.

Von

Herrn Sarwey,
Obertribunalrath in Stuttgart.

(Schluß des Aufsatzes Nummer XIV. im vorigen Band.)

§. 10.

Praxis der Gerichte [1]).

Sande, Decision. Frisicae, Lib. II. Tit. 8. defin. 1. (de ann. 1656) handelt einen Fall ab, wo es sich um die Frage handelte, ob eine außerehelich erzeugte Tochter, zu deren Alimentation der Vater verurtheilt war, bei der Mutter oder dem Vater zu erziehen sei. Die Mutter verlangte, daß die Erziehnng ihr überlassen und der Vater verurtheilt werde, hiefür eine jährliche Summe zu bezahlen; der Vater dagegen wollte, daß ihm gestattet werde, das Kind zur Ernährung und Erziehung zu sich zu nehmen.

1) Eine über eine große Anzahl von älteren und neueren Sammlungen von Rechtsfällen sich erstreckende Nachsuche lieferte den obigen geringen Erfund, dessen Vollständigkeit bei den bekannten Schwierigkeiten solcher Nachforschungen freilich nicht verbürgt werden kann, welcher aber jedenfalls beweist, daß diese Materie bisher sehr unbeachtet blieb.

Der Streit wurde für die Mutter entschieden, weil das Kind ein Mädchen sei und daher am besten von der Mutter erzogen werden könne, bei dieser Frage aber das richterliche Ermessen entscheide. Hiefür ist neben l. 3. Cod. de alend. lib. (V. 25.) auch unsere Coderstelle geltend gemacht, letzteres jedoch bloß als analog zu benutzendes Argument. Diese Entscheidung wurde, wie aus mehrfachen Hinweisungen zu ersehen, zur Autorität für die, welche die Erziehungsfrage nach getrennter Ehe lediglich vom gerichtlichen Ermessen abhängig machen, jedoch, wie aus dem Angeführten erhellt, ganz mit Unrecht.

Carpzov, Op. Decis. P. III. Dec. 291.

handelt unsere Frage (zwar bloß in Beziehung auf die separatio quoad thorum et mensam, aber in einer Weise, daß man seine Ausführung auch auf die wirkliche Ehescheidung beziehen muß) mit Berufung auf die Novelle ab, führt für den Grundsatz derselben die Rücksichten auf die Rechte des unschuldigen Ehegatten, auf Aufrechterhaltung des Ehebands und das bei dem schuldigen Theil gefährdete Erziehungswohl der Kinder aus und belegt seine Ausführung mit Erkenntnissen sächsischer Gerichte von 1619, 1628 und 1648. Er erwähnt hiebei des Grundsatzes der Coderstelle gar nicht.

Henr. Gottfr. Bauer, Respons. Lipsiens. Vol. I. R. XXXVII. p. 155. (de a. 1801.)

führt aus, daß, da nach tit. D. ubi pup. educar. die Mutter das unter Vormundschaft stehende Kind erziehen dürfe, solches auch nach erfolgter Scheidung salva patria potestate geschehen könne und daher das Erziehungswohl der Kinder die Entscheidungsnorm bilde; daß gewöhnlich nach dem Geschlecht getheilt werde, was aber seine Ausnahmen haben müsse, und theilt ein diesen Sätzen entsprechendes Responsum vom Jahr 1792 mit, wonach dem wegen Ehebruchs geschiedenen Vater die Erziehung der Söhne zugewiesen wird. In diesen beiden Ausführungen wird der Bestimmungen des Coder und der Novelle gar nicht erwähnt.

Consilia Tubingensia, Vol. I. Cens. LXXIX. §. 16 sqq. (Vol. VI. Cons. XXVIII. §. 10 sq. nochmals enthalten). Es wird hier zwar die Novelle als Norm der Erziehungsfrage hingestellt; es betraf jedoch die eigentliche Streitfrage zunächst den Punkt der Alimentation der Kinder, und es ist daher für den Gegenstand unserer Untersuchung aus diesem Responsum eigentlich Nichts zu entnehmen.

Kapff's Merkwürdige Rechtssprüche der höchsten und höhern Gerichtshöfe in Würtemberg, Bd. I. S. 272 ff. enthalten einen bei dem herzoglich würtembergischen Hofgericht im Jahr 1799 vorgekommenen Rechtsfall, wo die Frage über das entscheidende Princip zwar mit Beziehung auf die collidirenden Gesetze, aber nicht sehr befriedigend behandelt ist, und unerachtet anerkannt wird, daß der Grundsatz der Novelle nach der herrschenden Meinung der Rechtslehrer als Entscheidungsnorm für die vorliegende Frage angesehen werde, doch (mit Stimmenmehrheit) dem von **Voet**, den Decision. Frisic. und den Respons. Lipsiens. angenommenen Grundsatz gemäß das Erziehungswohl der Kinder als Entscheidungsnorm angenommen wurde. Man ersieht übrigens nicht mit Bestimmtheit, ob das Princip des Erziehungswohls mit gänzlicher Beseitigung des Grundsatzes der Novelle als das unbedingte aufgestellt werden wolle, oder ob von dem Princip der Novelle bloß mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse des Falls abgegangen worden sei.

Hufnagel's Mittheilungen aus der Praxis der würtembergischen Civilgerichte, Nr. 17. S. 34 enthalten einen von einem Gerichtshof (Mittelgericht) 1833 entschiedenen Fall, welcher zwar zunächst die Ernährungs-Verbindlichkeit nach erfolgter Ehescheidung zum Gegenstand hat, übrigens auch unsere Frage berührt, und hier den Grundsatz der Novelle als geltende Entscheidungsnorm voranstellt, dann aber bemerkt: dieses Gesetz sei nicht absolut nöthigend, sondern es bleibe daneben, zufolge der Oberstelle, „dem Ermessen des Richters anheimgestellt, wem er die Kinder zusprechen wolle", und hiebei sei sodann zunächst

die größere oder geringere Fähigkeit des einen oder des andern Ehegatten zur Erziehung zu berücksichtigen.

Strippelmann's Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel, Thl. IV. Abth. 1. Nr. VII. S. 95 ff.

welche, nach dem Muster des Pfeiffer'schen Werks (Praktische Ausführungen rc., mit Erkenntnissen des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel), die sehr anerkennenswerthe Methode beibehalten hat, ihre Mittheilungen mit einer Zusammenstellung und Ausführung der in den gelieferten Entscheidungen zur Anwendung gebrachten Grundsätze zu eröffnen und sofort hieran die einzelnen Fälle anzureihen, handelt in dieser Weise auch die Frage über das „Recht des Vaters, seine Kinder zu erziehen", und das „zu dem Ende ihm zustehende interdictum de liberis exhibendis et ducendis" ab und theilt hiebei 9 hieher bezügliche Rechtsfälle mit, wobei übrigens zu bemerken ist, daß die Anwendung der in der Zusammenstellung enthaltenen Sätze nicht durchaus in den Rechtsfällen nachgewiesen ist. Sowohl die Zusammenstellung als die Rechtsfälle begreifen auch — und zwar eigentlich vorzugsweise — die Frage über das Erziehungsrecht bei getrennter Ehe. In dieser Beziehung geht nun die Zusammenstellung von der Bestimmung der Novelle aus und läßt die Bestimmung der Coderstelle nur da zur Anwendung kommen, wo der Fall der Novelle nicht vorhanden sei, nämlich wo entweder kein Theil ausschließlich die Schuld trage oder die Schuld nicht klar erhelle. Aus den Rechtsfällen ist jedoch nicht zu entnehmen, daß das Ober-Appellationsgericht diesen Grundsatz in so allgemeiner und prägnanter Weise angenommen hätte. Im Uebrigen wird noch der Grundsatz aufgestellt, daß da, wo das gerichtliche Ermessen eintrete, solches durch Berücksichtigung des wahren Wohls der Kinder geleitet werden müsse, insbesondere das durch das zarte Alter und die körperliche Beschaffenheit der Kinder begründete Bedürfniß der mütter-

lichen Pflege in Rücksicht komme, und als Regel anzunehmen sei, daß solche vor zurückgelegtem vierten Lebensjahr nicht ohne großen Nachtheil entbehrt werden könne.

§. 11.

Rückblick auf das Resultat unserer Untersuchung.

Das Resultat, welches wir durch die in den §§. 4—7. enthaltene Erörterung über die gesetzlichen Bestimmungen erhalten haben, ist kurz zusammengefaßt folgendes. Die primitive Grundlage des Erziehungsrechts — das Princip der väterlichen Gewalt — wird schon nach den Pandekten l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liber. exhibend. et ducend. (43. 30.) und noch mehr durch den Codex modificirt (oben §. 4.), ist durch die in der Novelle aufgestellte Norm, wonach in der Regel die Verschuldung entscheidet, ersetzt (oben §. 5.), hiedurch aber der von der Coderstelle für den Zweifelsfall aufgestellte (oben §. 4. a. E.) Grundsatz nicht aufgehoben, indem da, wo es die Rücksicht auf die Rechte der Kinder erfordert, Ausnahmen von der Regel der Novelle eintreten (oben §. 5. a. E.) und nach richterlichem Ermessen erkannt werden können (oben §. 6.).

Dieses Resultat hat nach der vorstehenden Zusammenstellung gewichtige Autoritäten, wenigstens dem Wesen nach, für sich, obgleich solche sich allerdings über die aufgestellten Sätze meist nur ganz allgemein — über die Art, wie sie hiezu gelangten, theils gar nicht, theils in einer von unserer Ausführung mehr oder weniger abweichenden Weise aussprechen. Dasselbe ist ganz übereinstimmend mit den oben §. 2. ausgeführten allgemeinen Grundsätzen; es sind hiebei die Rechte der Eltern gehörig beachtet, zugleich aber die Rechte der Kinder auf eine gute Erziehung vollkommen gewahrt, und wenn der Richter bei dem ihm eingeräumten Ermessen den in der Novelle oben angestellten Grundsatz — liberi etc. nullo modo separatione matrimonii laedantur — nicht zur Willkühr ausdehnt, so wird er selbst von der ge-

setzlichen Regel, die Kinder dem unschuldigen Theil zu überlassen, nur dann abweichen, wenn er positive Gründe hat, das Erziehungswohl der Kinder hiebei für gefährdet zu achten.

§. 12.

Einige besondere Fragen über die Anwendung der aufgestellten Grundsätze; besonders über den Entscheidungsgrund der Verschuldung im Eheproceß — Anwendung auf quasi Desertionsproceß — separatio quoad thorum et mensam — Richtigkeit der Ehe.

Eine Frage, welche bisher noch nie Gegenstand einer besondern Erörterung geworden zu sein scheint, auf welche man aber bei Anwendung des Grundsatzes der Novelle, je nach Umständen des Falls, leicht geführt wird, ist: welche Verschuldung eigentlich hiebei entscheide, ob hierunter immer die in dem unmittelbaren Entscheidungsgrund gelegene zu verstehen sei, wie dies da, wo solcher ein für sich selbst bestehender ist, wie z. B. Lebensnachstellungen, sich allerdings von selbst versteht, oder ob auch eine mittelbare Verschuldung in Rücksicht komme, wenn nämlich der nächste Scheidungsgrund aus dem ganzen ehelichen Verhältniß hervorgegangen ist, wo also auf Seiten beider Theile eine Verschuldung bestehen kann[9]. Letzteres läßt sich schon bei einzelnen der in der Novelle selbst (cap. 7. 8.) aufgestell-

9) Diese Frage ist wohl zu unterscheiden von den Fällen, wo entweder der andere Ehegatte die Thatsache, welche den Scheidungsgrund abgibt, selbst herbeigeführt hat und deßhalb das Klagerecht auf Scheidung hinwegfällt [vgl. l. 47. D. sol. matr. (24. 3.)], oder wo auf beiden Seiten wirkliche Scheidungsgründe vorliegen und nach dem Compensationsprincip ein Klagerecht auf Scheidung gleichfalls hinwegfällt [vgl. l. 39. D. sol. matr. (24. 3.) l. 13. 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5.)]. In diesen beiden Fällen beseitigt sich die oben erörterte Frage von selbst. Wenn dagegen die auf beiden Seiten vorliegenden Scheidungsgründe mit Verwerfung des Compensationsprincips auch beiderseits geltend gemacht werden können, so kann konsequent bloß das Princip des durch das Interesse der Kinder zu leitenden richterlichen Ermessens entscheidend bleiben, wie dies auch der Entwurf des hessischen Gesetzbuchs angenommen hat (vgl. unten §. 13.).

ten Scheidungsgründe denken, trifft aber besonders bei unserem sogenannten Quasi-Desertionsproceß, zumal wie sich derselbe in Folge einer verkehrten Behandlung der Praxis in manchen deutschen Ländern gestaltet hat, zu. Nach diesem Proceß wird als schuldiger Theil derjenige angesehen und behandelt, welcher das fernere Zusammenleben beharrlich verweigert. Dies geschieht häufig wegen unerträglicher Mißhandlungen oder Untreue des andern Ehegatten, gegen welche das richterliche Verfahren theils in Folge mangelhafter gesetzlicher Bestimmungen, theils wegen Mangels an den erforderlichen Beweisen nicht die gebührende Hülfe und Schutz gewährt. Wird sodann in einem solchen Falle die Ehe nach den gegen den widerspenstigen Theil verhängten Zwangs- oder Strafmaßregeln geschieden, so erscheint allerdings nicht selten gerade der in der That unschuldige Theil als der formell schuldige, und wenn man in einem solchen Falle bei Anwendung der gesetzlichen Regel von dieser formellen Schuld-Erklärung ausgeht, so wirkt dieselbe nicht bloß in Beziehung auf die Rechte der betheiligten Ehegatten verkehrt, sondern es kann auch diese Rollenverwechslung mit dem Rechte der Kinder auf eine gute Erziehung in Collision kommen. Die oben aufgeworfene Frage über den diesfallsigen Sinn der Novelle ist sonach für unseren Quasi-Desertionsproceß, welcher überdies da, wo er besteht, die große Mehrzahl der vorkommenden Ehescheidungen begreift, eine sehr praktische.

Die Worte der Novelle (vgl. oben §. 5.) — si pater occasionem separationis praebeat — (nach Julian — si pater causam divortii dedit) — si per causam matris ostendatur solutum matrimonium — (nach Hombergk — si culpa matris matrimonium solutum probetur) — sind darin klar, daß das Gewicht darauf gelegt werden will, welcher Theil die Trennung der Ehe veranlaßte. Dies führt zunächst auf die (in der Novelle Cap. 8. und 9. selbst festgestellten) Gründe, welche den andern Theil zum Verlangen der Scheidung berechtigen, es kann sonach sich

nur darum handeln, welcher Theil diese Gründe selbst herbeiführte. Darauf zurückzugehen, welcher Theil wieder Anlaß zur Herbeiführung dieser Gründe gegeben, sonach mittelbar die Scheidung veranlaßt habe, dazu liegt um so weniger Grund vor, als, wie das Register dieser Gründe zeigt, dieselben wenigstens großentheils von der Art sind, daß sie für sich jedenfalls mehr oder weniger grobe Verschuldungen bilden, welche auch durch den etwa von dem andern Theile gegebenen Anlaß nicht entschuldigt werden könnten. Ueberhaupt hätte es etwas logisch und rechtlich Ungehöriges, bei der Frage über das Erziehungsrecht von einer andern Grundlage auszugehen, als bei der Frage über die Scheidung selbst. Hiezu kommt noch, daß man durch eine solche Abwägung der gegenseitigen Schuld, wie oben (§. 9.) bezüglich der von Burchardi diesfalls aufgestellten Sätze ausgeführt wurde, auf einen unpraktischen Weg und auf richterliche Willkühr geführt wird.

Es könnte nun zwar in Zweifel gezogen werden, ob die Novellenbestimmung überhaupt auf den ihr fremden Quasi-Desertionsproceß anzuwenden sei. Allein es liegt um so weniger Grund vor, von der Anwendung der einmal bestehenden allgemeinen Gesetzesbestimmung auf alle Fälle unseres Ehescheidungs-Processes abzugehen, als unter den in der Novelle selbst aufgeführten Scheidungsgründen auch der unserer Quasi-Desertion sehr analoge sich findet, wenn die Frau sich ohne den Willen des Mannes aus seinem Hause entfernt und sich nicht bei ihren Eltern aufgehalten hat. Nov. 117. Cap. VIII. §. 5. und man würde auch bei den Fällen des Quasi-Desertionsprocesses in manche mißliche Conflikte gerathen, wenn man bei der Frage über das Erziehungsrecht sich in einem solchen offenen Widerspruche mit der nun einmal formelles Recht bildenden Annahme des eherichterlichen Verfahrens einlassen wollte. Zwar ist der Grundsatz, daß letzteres für die civilrichterliche Entscheidung nicht präjudiciell sei, in Beziehung auf die für die Scheidung bestehenden Vermögensstrafen angenommen.

Vgl. Griesinger, Commentar zum würtembergischen Landrecht, Bd. IV. S. 1226 — 1227, wo dieser Satz auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus vertheidigt wird.

Allein es ist von selbst einleuchtend, daß bei der Frage über das Erziehungsrecht ganz andere Rücksichten leitend sind, als da, wo es sich um Vermögensrechte handelt.

Es sind auch die Mißstände, welche sich aus Anwendung des Grundsatzes der Novelle auf den Quasi-Desertionsproceß ergeben könnten, in der That nicht einmal von der Art, um auch nur von legislativer Seite aus ein Abgehen hiervon genügend zu motiviren. Die Rücksicht auf die Rechte der Kinder macht solches um deßwillen nicht nothwendig, weil in Fällen, wo das Erziehungswohl derselben in eine Collision mit dem fraglichen Princip kommt, der Richter nach dem Obigen befugt bleibt, hiervon abzugehen; die Rechte des Ehegatten, welcher die Scheidung durch Quasi-Desertion veranlaßt, können nur dann gekränkt erscheinen, wenn in dem Eheproceß jede Quasi-Desertion, ohne Rücksicht auf eine solche rechtfertigende Verschuldung des andern Theils als Grund zur Scheidungsklage für diesen angenommen wird, ein Mißbrauch, welcher sich freilich in Folge einer depravirten Praxis bei manchen Gerichten eingeschlichen hat. Glaubt man daher überhaupt aus legislativen Gründen das Institut des Quasi-Desertionsproeesses beibehalten zu müssen, so liegen zunächst nur dafür Gründe vor, dasselbe besser zu reguliren, nicht aber, durch ein Verlassen des auf guten moralischen uud rechtlichen Grundlagen ruhenden Princips der Novelle noch die einzige Schranke gegen die immer weiter um sich greifende unheilvolle Mißachtung der Heiligkeit des Ehebandes niederzureißen [3].

---

3) Es ist hier der Ort nicht zu einer nähern Ausführung dieser Ansichten. Nur das sei bemerkt, daß erfahrungsgemäß gerade die Leichtigkeit, womit die Scheidung im Wege des Quasi-Desertionsprocesses bewerkstelligt werden kann, am meisten zu den vielen Zerwürfnissen in den

Eine weitere Frage, welche sich bei der Anwendung der römischen Gesetze auf die Fälle unseres Eheprocesses häufig aufwirft, ist, welche Trennungsweise der Ehe hiebei vorausgesetzt werde. Daß bei blos zeitigen eigenmächtigen Trennungen der Eheleute von unmittelbarer Anwendung derselben nicht die Rede sein, sondern die Erziehungsfrage hier nur Gegenstand einstweiliger richterlicher Verfügungen werden kann, liegt so klar vor, daß hierüber jede Ausführung überflüssig erscheint.

Die separatio quoad thorum et mensam dagegen ist unbedenklich unter jene Gesetze zu stellen, was aus der rechtlichen Natur dieses Rechtsinstituts sich von selbst ergibt, und wofür ältere und neuere Autoritäten vorliegen.

Carpzov, Decis. P. III. dec. 291. No. 20 sq.

Boehmer, Jus eccles. Prot. Lib. IV. tit. 10. §. 48.

Burchardi, im Archiv für civil. Praxis. Bd. VIII. S. 181.

Was die Nichtigerklärung betrifft, so kann zwar hier eine unmittelbare Subsumtion nicht Platz greifen; inzwischen liegen allerdings manche Gründe für eine analoge Anwendung des Verschuldungsprincips auf dieselbe vor, nur würde hier vielmehr die bei Eingehung einer nichtigen Ehe stattgehabte Verschuldung entscheidend werden, so daß es z. B. bei einer wegen Betrugs, Zwangs ꝛc. nichtig erklärten Ehe darauf ankäme, welchem Theil der Betrug, Zwang ꝛc. zur Last fällt. Inzwischen blieben immer Nichtigkeitsgründe übrig, wo von einer Verschuldung gar nicht die Rede werden könnte, und es dürfte jedenfalls juristisch konsequenter sein, im Falle der Nichtigerklärung einer Ehe hinsichtlich des Erziehungsrechts die bei außerehelich erzeugten Kindern diesfalls geltenden Grundsätze

---

Ehen der Protestanten beiträgt, während solche Ehestreitigkeiten bei den Katholiken in Folge der bei denselben bestehenden Unauflöslichkeit des Ehebands weit seltener vorkommen.

(vgl. Glück Commentar, Bd. 28. S. 201. und Sande decision. Frisic. L. II. Tit. 8. def. 1.)

in Anwendung zu bringen. Auch die Modalitäten der Ausübung des Erziehungsrechts bilden in den Fällen, wo unsere Frage zur gerichtlichen Erörterung kommt, besondere Streitpunkte; so z. B. das Recht des einen Ehegatten, die Kinder, deren Erziehung dem andern Theil zugesprochen wird, zeitweise bei sich zu haben, zu sehen u. dgl. Daß derartige Fragen bei Entscheidung des Hauptstreits durch den Richter festzustellen sind, kann im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegen. Eine nähere Erörterung hierüber kann jedoch umgangen werden; sie könnte nur in eine ganz nutzlose Casuistik führen und es bedarf kaum der Bemerkung, daß bei Feststellung solcher Streitfragen im Allgemeinen dieselben Grundsätze und Rücksichten leitend werden müssen, welche bei Entscheidung der Hauptfrage maßgebend sind.

Vgl. Strippelmann, Entscheidungen des OAG. zu Cassel. Thl. IV. Abthl. 1. S. 166. 107.

§. 13.

Neuere Gesetzgebungen.

Höchst beachtungswerth ist, daß das Princip, wie es in dem Bisherigen als den allgemeinen Grundsätzen und den Bestimmungen des römischen Rechts entsprechend entwickelt wurde, auch in den neueren Gesetzgebungen recipirt ist.

Das Preußische Allgemeine Landrecht, Thl. II. Tit. 2. §. 92 ff., stellt den Satz an die Spitze, daß die Kinder geschiedener Eltern der Regel nach bei dem unschuldigen Theil erzogen werden sollen (§. 92.), bestimmt dagegen, daß der Vater, auch wenn er schuldiger Theil sei, aus der Ursache der Scheidung jedoch keine gegründete Besorgniß einer schlechten Erziehung entstehe, die Erziehung der Söhne verlangen könne (§. 93.), die Pflege der Kinder

bis zum zurückgelegten 4. Jahr aber ohne Unterschied des Geschlechts auch der schuldig erklärten Mutter verbleibe, wenn die Scheidungsursachen nicht solche moralische Verderbniß zeigen, daß erhebliche Besorgniß einer Vernachlässigung der Kinder begründet werde (§. 94.). Für den Fall, daß keines der Eltern als schuldiger Theil erklärt sei, sollen die Kinder bis nach vollendetem 4. Jahr bei der Mutter, von da an bei dem Vater erzogen werden (§. 95.) Es werden sofort mehrere Modificationen dieser Regeln festgesetzt, welche hauptsächlich davon abhängig gemacht sind, ob eine „erhebliche" Besorgniß der Vernachlässigung oder schlechten Erziehung der Kinder vorliege, oder sich erst ergebe (§. 96. 97. 98. 100.). In solchen Fällen ist nicht blos das richterliche Ermessen für Streitfälle entscheidend, sondern auch der Richter verbunden erklärt, nöthigenfalls von Amtswegen einzuschreiten.

Das französische Gesetzbuch, Buch I. Tit. 6. Cap. 4. §. 302., stellt den Satz auf, daß die Kinder dem Ehegatten, der die Ehescheidung „erwirkt" habe — nach dem Zusammenhang des Gesetzes der unschuldige Theil — anvertraut werden sollen, wenn nicht das Gericht auf Ansuchen der Familie oder des kaiserlichen Prokurators zum Besten der Kinder verordne, daß Alle oder Einige von ihnen der Obsorge des andern Ehegatten oder einer dritten Person übergeben werden.

Das badensche Landrecht §. 302. hat diesen Satz beibehalten.

Die weder sehr klaren noch vollständigen Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs weisen bei getrennter Ehe die Verpflegung und Erziehung der Kinder männlichen Geschlechts bis zu zurückgelegtem 4. — die Kinder weiblichen Geschlechts bis zu zurückgelegtem 7. Jahre der Mutter zu, sofern nicht erhebliche, vorzüglich aus der Ursache der Scheidung oder Trennung hervorleuchtende Gründe eine andere Anordnung fordern und zwar ohne Gestattung eines

Rechtsstreits, wornach also dem Vater von dieser Altersstufe an das Recht der Erziehung allgemein zuzustehen scheint, übrigens auch für diesen Fall die vorbehaltene Ausnahme abweichender Anordnungen aus erheblichen Gründen eintreten wird. Auch scheint in letzterer Beziehung ein Rechtsstreit nicht ausgeschlossen zu sein.

Oestr. Gesetzbuch §. 142. vgl. §. 108. 117. und

Zeiller's Commentar hiezu. P. I. S. 323. vgl. S. 283. 301.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen stellt als Princip auf, daß dem unschuldigen Theil das Erziehungsrecht (als Theil der in dem Entwurf eigens bestimmten elterlichen Gewalt) der Regel nach zufalle, behält jedoch dem Richter bevor, im Interesse der Kinder, hiervon abweichende Anordnungen zu treffen,

Entwurf Tit. 11. Art. 103. vgl. Motive S. 106.

welch' letztere Bestimmung übrigens bei der ständischen Begutachtung (jedoch nur durch Majorität und aus Gründen, welche Nichts weiter beweisen, als die Nothwendigkeit einer genaueren Begrenzung dieses Vorbehalts) beanstandet wurde und ganz beseitigt werden wollte.

Bericht der zur Begutachtung gewählten Ausschüsse von 1846. S. 300.

Für den im Entwurf mit Verwerfung des Compensationsprincips besonders behandelten Fall der Scheidung wegen beiderseits geltend gemachter Scheidungsgründe ist die Bestimmung über die Zuweisung der Kindererziehung ganz dem durch das Interesse der Kinder zu leitenden Ermessen des Richters anheim gegeben.

Entwurf Art. 97. vgl. Motive S. 104. und Bericht rc. S. 296.

B. Verfahren.

§. 14.

Allgemeine Gesichtspunkte.

Die oben §. 1. angedeuteten Eigenthümlichkeiten des vorliegenden Verhältnisses führen auch besondere Fragen über das Verfahren herbei, welches bei Ordnung der Erziehung der Kinder nach getrennter Ehe und bei der Entscheidung der hierüber entstehenden Streitigkeiten einzutreten hat. Die Auffassung und Beurtheilung jener Fragen knüpft sich, wie natürlich, zunächst an den Eheproceß an, welcher deßhalb auch den Ausgangspunkt hiefür bildet. Neben diesem wird von Einfluß, daß die Familienrechte und besonders das Erziehungsrecht Beziehungen zu dem öffentlichen Recht haben, welche auch bei dem Verfahren Collisionen herbeiführen können und jedenfalls mit den privatrechtlichen Beziehungen in Einklang gebracht werden müssen. Endlich bietet der Umstand, daß die Vorschriften des römischen Rechts über das gerichtliche Verfahren bei Familienrechten wegen der mannichfachen Verschiedenheiten zwischen den damaligen und den jetzt bestehenden Grundlagen dieser Rechte nicht mehr überall gut passen, Schwierigkeiten in der Anwendung dar.

Die Erziehung der Kinder bildet häufig schon bei dem Beginnen und während des Laufs des Eheprocesses einen Gegenstand des Streits zwischen den Ehegatten. Ist der Eheproceß vollendet, so wird die Frage über die Erziehung der Kinder entweder Gegenstand einer gütlichen Uebereinkunft zwischen den getrennten Eheleuten oder es entsteht nun die Nothwendigkeit der definitiven Entscheidung eines diesfalls bereits erhobenen oder nun erst sich erhebenden Streits zwischen den getrennten Ehegatten.

Der Fall einer unter den Ehegatten bestehenden Uebereinkunft liegt außer den Grenzen unserer Aufgabe; für das Verfahren bei Streitfällen sind folgende Momente und Fra-

gen zu beachten. Die Rücksicht auf das Erziehungswohl der Kinder, welche nach dem Obigen zu einem wesentlichen Entscheidungsmoment werden kann, ruft verschiedene Fragen über die Art, wie dieser Rücksicht Geltung zu verschaffen sei, hervor. Neben dieser Rücksicht tritt andererseits der enge Zusammenhang hervor, in welchem die Frage über die Erziehung mit den Vermögensrechten der Eheleute und der Kinder selbst steht. Die Frage über die Kindererziehung während einer zeitigen Trennung der Ehe oder nach endlicher Auflösung derselben erhält ferner eine besondere Richtung durch die Natur des Verhältnisses, in welchem die bezüglichen Personen — Eltern und Kinder — vorher zu einander standen, und in welches sie sofort durch die Trennung der Ehe versetzt werden, sofern die Ausübung der Erziehungsrechte eine Verfügung über die Personen der Kinder begründet, und diesfalls faktische Zustände bestehen, welche nach Trennung der Ehe theils verändert werden müssen, theils durch einseitiges Eingreifen der Betheiligten verändert werden können. Die Ordnung dieser Zustände führt wieder besondere Fragen des Verfahrens herbei.

Auf den Grund dieser verschiedenen Beziehungen werfen sich dann folgende Hauptfragen auf.

I. Ueber die Feststellung der für solche Fälle ressortirenden Zweige der Staatsgewalt überhaupt; insbesondere ob und in wie weit die Verhandlung und Entscheidung derselben Sache der für Ordnung der Privatrechte eingesetzten Gerichtsbehörden oder Sache der für Handhabung des öffentlichen Rechts competenten Staatsgewalt sei; ob ferner jene Functionen zum Ressort der Ehegerichtsbehörden oder der ordentlichen Gerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gehören, und in letzterem Fall:

II. Ueber die Art des einzuschlagenden Verfahrens, insbesondere ob solche Streitigkeiten dem ordentlichen oder summarischen Verfahren anheimfallen, und unter welche Grundsätze die gerichtliche Behandlung und Regelung der bezüglichen faktischen Zustände zu stellen sei, ob und in wie weit

namentlich hiebei die Normen des possessorischen Processes Anwendung finden können und welcher Gebrauch von provisorischen Verfügungen zu machen sei.

§. 15.

Feststellung der Frage über die für solche Streitigkeiten ressortirenden Organe der Staatsgewalt.

Daß Streitigkeiten über das Erziehungsrecht — wenigstens so weit es sich von dem Verhältnisse der Ehegatten gegen einander handelt, privatrechtlicher Natur seien, wurde wenigstens in ältern Zeiten nicht bezweifelt. Inzwischen hat, wie schon oben angedeutet wurde, die Frage über die Kindererziehung allerdings auch eine öffentlich rechtliche Beziehung,

Schweppe, röm. Privatrecht. Bd. IV. §. 639.

und es konnte daher nicht fehlen, daß die besonders in neuerer Zeit immer mehr hervortretende verkehrte Tendenz, der Regierungsgewalt durch Beschränkungen der Competenz der Gerichte Kraft und Nachdruck zu verschaffen, auch für dieses Verhältniß in dem zu realisirenden Staatszweck der Vorsorge für das Erziehungswohl einen Titel zu der Befugniß eines unmittelbaren Einschreitens des Staats zu finden wußte. Es ist jedoch klar, daß eine solche blos unmittelbare und entfernte Betheiligung der Staatszwecke es in keinem Fall rechtfertigen könnte, die Verhandlung und Entscheidung der in Frage stehenden Fälle für Gegenstände der eigentlichen Administrativ-Justiz zu erklären oder zum Ressort der Vormundschaftsbehörden zu ziehen, was schon die Rücksicht auf die hiebei berührten unzweifelhaften Privatrechte der Betheiligten, insbesondere der oben angedeutete Zusammenhang mit den Vermögensrechten, namentlich der Frage über die Aufbringung der Erziehungskosten nicht zulässig erscheinen läßt. Es kann vielmehr — neben der in besondern Fällen der Störung von Privatrechtsverhältnissen hie und da zulässigen interimistischen polizeilichen Ein-

schreitung — blos von einer Intervention der Staats- oder der Vormundschaftsbehörde die Rede sein. Eine solche Intervention kann entweder in der Art stattfinden, daß die Entscheidung der Gerichte blos auf den zwischen den Eheleuten bestehenden Streit über das Erziehungsrecht sich erstreckt und der betreffenden Staatsbehörde überlassen bleibt, in dem Fall einzuschreiten, wenn sie die in Folge dieser Entscheidung geschehene Zuweisung der Erziehung als das Erziehungswohl der Kinder gefährdend ansieht, wie ein solches Einschreiten der Staatsgewalt auch in dem Fall stattfindet, wenn von Eltern, welche in Einigkeit leben, die Erziehung der Kinder offenbar verwahrlost wird. Oder die Intervention kann in der Art festgestellt werden, daß die betreffende Staatsbehörde, insbesondere die competente Vormundschaftsbehörde das Erziehungswohl der Kinder bei der Verhandlung und Entscheidung des Gerichts in angemessener Weise geltend macht, was am passendsten durch Aufstellung eines Vertreters für die Kinder geschehen kann, dessen Mithandeln bei dem Streit mit einer wahren processualischen Intervention verglichen werden kann, die eine accessorische wäre, wenn er im Interesse der Kinder den Anspruch des einen der streitenden Ehegatten unterstützt, eine principale, wenn er darauf dringt, daß die Erziehung keinem der Eltern überlassen, sondern an einen Dritten übertragen werde. Eine solche Einrichtung finden wir in der oben (§. 13.) angeführten Bestimmung des französischen Gesetzbuchs (Buch I. Tit. 6. Cap. 4. §. 302.), wonach die Familie oder der Staatsprokurator zum Besten der Kinder derartige Anträge stellen kann.

Die Verweisung der Frage zur Competenz der Ehegerichtsbehörden hätte an sich Manches für sich, da dieselbe in einem unverkennbaren Zusammenhang mit den ehelichen Rechten, welche Gegenstand des Eheprocesses sind, steht und auch die Wahrung des Erziehungswohls der Kinder wesentlich von den durch den Eheproceß zu erhebenden Mo-

menten abhängig ist. Allein es wäre denn doch die Verbindung der Verhandlung und Entscheidung über die Ehestreitfrage und die Erziehungsfrage schon aus dem Grunde unpassend, weil das endliche Resultat des Eheprocesses gewissermaßen präjudiciell für den Streit über die Erziehungsfrage ist; sodann ist die innere Richtung des Streits über die beiderseitigen Fragen in der Regel — besonders bei dem sogenannten Quasi-Desertionsproceß — eine wesentlich verschiedene, theilweise sich gegenüberstehende, indem die streitenden Ehegatten in der einen Beziehung häufig von ganz andern Rücksichten geleitet werden, als in der andern; auch ist das Verfahren der Ehegerichte, wie es der besondern Natur der Ehestreitigkeiten entsprechend festgesetzt werden muß, nicht sehr geeignet für die Behandlung der Erziehungsfrage; insbesondere wäre nicht wohl zu rechtfertigen, das nach vielen Gesetzgebungen bei dem Eheproceß als unstatthaft erklärte Rechtsmittel der Berufung auch den Streitigkeiten über das Erziehungsrecht zu entziehen. Außerdem und vorzüglich gibt aber auch hier der mehrerwähnte Zusammenhang mit den Vermögensrechten der Eltern und Kinder einen entschiedenen Grund gegen die Vereinigung des Verfahrens in den beiden in Frage stehenden Beziehungen.

Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß da, wo nicht die Particulargesetze ein Anderes vorschreiben oder sich eine andere Gerichtsobservanz gebildet hat, derartige Streitigkeiten den ordentlichen bürgerlichen Gerichten anheimfallen. Ein Beispiel einer hiervon abweichenden gesetzlichen Bestimmung finden wir in der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung, Tit. 40. §. 51. 56. 57., wonach die Festsetzung des Erziehungspunkts mit dem von dem competenten Ehegericht zu fällenden Erkenntniß über die Trennung der Ehe zu verbinden ist und der Regel nach auch die diesfalls nothwendigen interimistischen Verfügungen während des Laufs des Eheprocesses von diesem Gericht zu treffen sind.

§. 16.

Allgemeine Bemerkungen über die Aufgabe des gerichtlichen Verfahrens bei solchen Streitigkeiten.

Der Anfang der Streitigkeiten über die Erziehung der Kinder fällt meist mit dem ersten Stadium des Eheprocesses zusammen. Ihr nächster Anlaß ist gewöhnlich die faktische Trennung des einen der Ehegatten von dem andern. In der Natur der Sache liegt es ferner, daß solche Streitigkeiten in der Regel den Anspruch auf das Recht zur Erziehung zum Gegenstand haben, der Anspruch auf eine diesfallsige Verpflichtung des andern Theils dagegen in eine bloße Klage auf Alimentenreichung übergeht.

Die Gestaltung eines solchen Streits und insbesondere der Klage-Erhebung hängt ferner hauptsächlich davon ab, welcher der beiden Ehegatten in der Lage ist, über die Personen der Kinder zu verfügen und es bildet daher häufig einen der ersten Acte des sich erhebenden Streits eine gewaltsame oder heimliche Handlung des sich trennenden Theils, wodurch sich derselbe jene Verfügung verschafft. Das Verhältniß, vermöge dessen es den Eltern möglich wird, über die Personen der Kinder zu verfügen und auf ihre Thätigkeit einzuwirken, hat unverkennbar Aehnlichkeit mit dem Besitzverhältniß und es ist daher natürlich, daß man sich die Frage aufwarf, in wiefern die Grundsätze über den gerichtlichen Schutz des Besitzes auch auf dieses Verhältniß analoge Anwendung finden können; unbegreiflich ist aber, daß man, wie hiernach angeführt werden wird, den wesentlichen Unterschied von beiderlei Verhältnissen so sehr mißkennen konnte, um ohne weiteres die ganze Lehre von den possessorischen Rechtsmitteln auf jenes Verhältniß der Eltern zu den Kindern anzuwenden. Von selbst ergibt sich jedenfalls, daß das Einschreiten des Richters über einen solchen Streit ebenso angerufen werden kann, wie bei einem Streit über definitive Regelung des Erziehungsrechts, daß ferner in beiden Beziehungen in der Regel derselbe Richter competent

ist, daß übrigens seine Verfügung vor gänzlicher Trennung der Ehe nur die Natur einer interimistischen hat.

Ist sofort der Streit über die Erziehung der Kinder nach richterlicher Erledigung des Eheprocesses zu entscheiden, so tritt nunmehr erst das Hauptverfahren über die definitive Regelung des Verhältnisses ein, welches sich an das etwa vorangegangene über einen Streit hinsichtlich der einstweiligen Zuweisung der Kinder und die diesfalls getroffene Verfügung anschließt, oder neben welchem, wenn ein solches vorläufiges Einschreiten nicht stattgefunden hat, nun erst ein Verfahren über einstweilige Feststellung des faktischen Zustandes einzuleiten sein kann. Dieses Hauptverfahren zum Behuf definitiver Entscheidung des Streits über die Kindererziehung wird sodann häufig als das petitorium bezeichnet.

Die Schriftsteller behandeln die Lehre vom Verfahren über die in Frage stehenden Streitigkeiten großentheils nur fragmentarisch; man findet bei denselben meist nur die hiernach abgehandelten, zunächst aus dem Recht der väterlichen Gewalt hervorgehenden Interdikte de liberis exhibendis et ducendis erwähnt, ohne nähere Erörterung der besondern Beziehungen, welche denselben auf die Frage über die Kindererziehung nach getrennter Ehe gegeben werden können. Auch diejenigen Rechtslehrer, welche die Lehre von den Klagen und Einreden zur ausgedehntesten Fachlehre gemacht haben, gehen nicht viel weiter. Auf der anscheinend breiten Unterlage des status personarum werden die diesfalls zustehenden Klagen mit einer ausgedehnten Anwendung der Grundsätze des possessorischen Processes abgehandelt. Allein was man hier findet, ist großentheils nur materia cruda der von dem römischen Rechte aufgestellten Sätze und Formeln, und sobald es sich von Anwendung auf unsere heutigen, so mannichfach abweichenden Verhältnisse handelt, stößt man überall auf Lücken und Ungehörigkeiten.

Es soll hier versucht werden, wenigstens den Weg zu einer richtigen Auffassung der Aufgabe des in Frage stehenden Verfahrens zu bahnen. Dieser Versuch kann und

soll auf eine erschöpfende systematische Durchführung der Frage durchaus keinen Anspruch machen; die Resultate können nach der ganzen Sachlage ohnedies hauptsächlich nur negative werden. Am passendsten erscheint es, hierbei von den eben erwähnten Interdikten auszugehen, da sich hieran die unserer Aufgabe am besten entsprechende analytische Erörterung der Hauptfragen anknüpfen läßt.

§. 17.

Interdictum de liberis exhibendis item ducendis.

Ein eigener Titel der Pandekten hat die umfassende Behandlung dieses Interdikts zum Gegenstand.

Tit. Dig. de liberis exhibendis item ducendis (43. 30.).

Auch der Codex beschäftigt sich mit demselben.

Tit. Cod. de liberis exhibendis f. deducendis etc. (VIII. 8.)

Die beiden Interdikte, welche gewöhnlich zusammengenommen werden, und auch wirklich dieselbe Grundlage und Richtung haben, lauten nach dem Grundtext:

Ait Praetor, qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.

l. 1. pr. D. de lib. exhib. etc.

Deinde ait Praetor, si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est: quominus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto.

l. 3. pr. D. ibid.

Das erste dieser Interdikte ist darauf gerichtet, daß das unter der väterlichen Gewalt des Klägers befindliche Kind zur Verfügung desselben gestellt werde; das zweite darauf, daß der Hinwegführung desselben kein Hinderniß in den Weg gelegt werde. Ueber dieses schon an sich ganz klare Verhältniß beider Interdikte spricht sich l. 3. §. 1. et 2. D. ibid. näher aus und bezeichnet das erste als ein

vorbereitendes für das zweite, „quo magis enim quis duci „possit, exhibendus fuit.“ Daß diese Interdikte aus dem Recht der väterlichen Gewalt fließen, geht aus dem ganzen Pandektentitel hervor und ist in l. 1. §. 1. und l. 3. §. 3. desselben ausdrücklich gesagt. Sie sind an sich gar nicht auf einen Streit über das hinsichtlich des zu exhibirenden Kindes zustehende Recht selbst gerichtet, sondern blos darauf, daß dasselbe herausgegeben werde, ohne weitere Bedingung, als daß wirklich die über dasselbe zustehende väterliche Gewalt dargethan ist. l. 1. §. 2. vgl. §. 4. Inzwischen ist es an sich unzweifelhaft, daß dieses Rechtsmittel auch zur Verfolgung des väterlichen Erziehungsrechts, welches einen Ausfluß der väterlichen Gewalt bildet, geeignet ist, und daß selbst die Pandekten einen solchen Fall im Auge hatten, geht aus den oben §. 4. bereits vollständig angeführten Stellen l. 1. §. 3. und l. 3. §. 5. unseres Pandektentitels, wornach die Mutter denselben eine Einrede entgegenstellen kann, wenn entschiedene Gründe vorliegen, das Kind ihr zu belassen, klar hervor. Nur geht man mit der Anwendung dieser Interdikte auf Streitigkeiten über das Erziehungsrecht in der Praxis häufig viel weiter, als sich nach den Gesetzesbestimmungen des römischen Rechts rechtfertigen läßt. Wir werden hierauf später zurückkommen; hier ist nur Einiges über eine sehr häufig zu findende irrige Auffassung der Natur dieses Rechtsmittels zu bemerken. Die heutige Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels kann keinem Bedenken unterliegen. Sie ist auch überall nicht beanstandet; nur versteht sich, daß die rechtshistorischen Eigenthümlichkeiten des Interdiktverfahrens auch bei der Einführung des in Frage stehenden Interdikts in unserem heutigen Proceß hinwegfallen mußten, allein hieraus folgt noch nicht, daß dasselbe eine den römisch rechtlichen Grundsätzen gänzlich fremde Natur erhalten hätte. Dennoch — sei es, daß man diese Grundsätze verkannte oder daß man glaubte, hiermit dem Interdikt einen dem neuen System besser entsprechenden Zuschnitt zu geben — zwang man dasselbe in die Kategorie

der possessorischen Rechtsmittel ein, was allerdings insofern nahe lag, als dieses Rechtsmittel zunächst auf Herstellung eines faktischen Zustandes gerichtet ist und die Interdikte überhaupt großentheils die Besitzfrage zum Gegenstand haben.

pr. J. de interd. (IV. 15.)

Wir führen zum Beleg für diese Klassifikation als nächste Autoritäten nur an:

Schmid, Lehrb. von Klagen, §. 399. (wobei jedoch zu bemerken ist, daß diese Unrichtigkeit in der neuesten (IX.) Ausgabe in der Note von dem Herausgeber gerügt wird).

Mößler, Theor. prakt. System der Lehre von gerichtlichen Klagen ꝛc. P. III. Cap. 73. §. 1. (Bd. III. S. 464.), vgl. auch P. III. Cap. 1. §. 1., Bd. III. S. 1.), wonach dieser Schriftsteller sich über die gewöhnliche schwankende Ansicht von der Natur der Interdikte überhaupt nicht hinwegbringen konnte.

Claproth, summar. Proc. §. 249. (welcher das interd. ohne nähere Begründung unter die Rechtsmittel zur Aufrechterhaltung des erwerbenden Besitzes stellt).

Andere wenden sich zu dem Gegensatz und erklären das fragliche Rechtsmittel als ein petitorisches — causam proprietatis continens — wie z. B.

Malblanc, princ. jur. rom. §. 806.

Voet, Comment. ad Pand. Tit. de lib. exhib. (43. 30.) Bd. VI. S. 211.

Sowie es jedoch unrichtig ist, wenn man die Interdikte, wie häufig geschieht, geradezu als ausschließlich possessorische Rechtsmittel hinstellt,

vgl. Schmid, Lehrb. von Klagen. IX. Ausg. §. 30. n. y.

Thibaut Pandekten. §. 225.

so ist es ebenso wenig begründet, diejenigen Interdikte, welche nicht auf Verfolgung des Besitz-Rechts gerichtet sind, unter den Gegensatz der petitorischen Rechtsmittel zu stellen, weil die Interdikte überhaupt nicht blos für Rechte, bei welchen es sich um Besitz und Eigenthum handelt, gegeben sind.

In l. 2. §. 1. D. de interd. (43. 1.) ist eine Klassifikation und Prädicirung der Interdikte gegeben, welche, obgleich sie sich sonst nicht gerade durch logische Schärfe auszeichnet, doch klar darauf hinweist, daß die römischen Juristen Bedenken trugen, einem solchen zur Verfolgung eines Familienrechts gegebenen Rechtsmittel die Natur einer possessorischen oder petitorischen Klage beizulegen; dennoch konnten sie, wie sich dies häufig findet, nicht unterlassen, wenigstens noch eine Vergleichung anzubringen, und so wird von diesem wie von einigen andern Interdikten gesagt: — veluti proprietatis causam continent — §. 2. d. l., eine Bemerkung, welche um so näher lag, als der pater-familias nach älterem Rechte wirklich eine Art Eigenthumsrecht über seine Hauskinder hatte.

§. 18.

Ueber die Anwendbarkeit der Grundsätze des Rechts vom Besitz bei solchen Streitigkeiten. Feststellung der Frage.

Neben der eben erörterten Auffassung der bezeichneten Interdikte wird auch sonst der Anwendung des possessorischen Processes eine fast unbeschränkte Ausdehnung auf das in Frage stehende Verhältniß gegeben, wie dies überhaupt in der Lehre von dem sogenannten status und insbesondere dem Familienrecht geschieht.

(Vgl. Schmid, Lehrb. von Klagen 2c. §. 219. und insbesondere die Note 1. zu §. 219. in der IX. Ausgabe.)

Eine nähere Erörterung der letzt erwähnten allgemeinen Beziehungen der Frage liegt außer den Grenzen

dieser Abhandlung; doch müssen solche so weit berührt werden, als erforderlich ist, um einige auf die Aufgabe unserer Untersuchung näher bezügliche besondere Momente in das Auge zu fassen.

Vor Allem ist der wesentliche Unterschied hervorzuheben, welcher sich ergibt, je nachdem man den Besitz und die Grundsätze über die possessorischen Rechtsmittel in unmittelbarer Beziehung auf die bezüglichen Personen auffaßt, also diese als den Gegenstand des Besitzes hinstellt, oder den Besitz des Familienrechts, also hier des elterlichen Erziehungsrechts als quasi possessio juris — als Gegenstand des Streits und des diesfallsigen richterlichen Verfahrens auffaßt. Man sollte es kaum für möglich halten, daß man noch jetzt, nachdem von dem altrechtlichen Eigenthumsrecht des pater-familias entfernt keine Rede mehr ist, die Kinder selbst als Gegenstand des Besitzes hinstellen könnte, und doch zieht sich diese Ansicht häufig in einer Weise durch die gerichtlichen Verhandlungen über derartige Streitigkeiten hindurch, welche zu wahrhaft lächerlichen und absurden Resultaten oder noch schlimmer — auf eine Mißkennung und Verletzung des Rechts der Eltern und der Kinder selbst führt. Man denke sich nur z. B. auf welche Resultate man geräth, wenn man die in der Praxis so gerne herbeigezogene Spolienklage in diesem Sinne auf das in Frage stehende Verhältniß anwendet. In eine nähere Erörterung der schon in der Natur der Sache gelegenen Widersinnigkeit dieser Auffassung der Besitzesfrage bei dem vorliegenden Verhältniß einzugehen, wird in der That überflüssig sein; der Verfasser beschränkt sich daher auch auf folgende specielle Bemerkungen hierüber.

Der Versuch, eine derartige Anwendbarkeit der Besitzeslehre daraus herzuleiten, daß die Gesetze von einer possessio libertatis sprechen,

l. 10. l. 12. §. 3. l 41. pr. D. de liber. causa (40. 12.)

ist doppelt verfehlt, — einmal, weil bei dem entgegengesetzten status der Sklaverei der Mensch wirklich als Sache angesehen wird, sodann weil hier von dem Besitze gar nicht in der Beziehung die Rede ist, daß der Mensch als Objekt desselben erschiene, sondern vielmehr derselbe selbst als der Besitzer eines Rechtszustandes gedacht ist. Mit mehr Schein noch wird l. 14. C. de agric. (XI. 47.) angeführt. Allein auch hier steht einem allgemeinen Schluß im Wege, daß bei diesem Gesetze wieder nur die Rücksicht auf den entgegengesetzten Zustand der Sklaverei zu Grunde gelegt ist. Es ist hier unterstellt, daß der angebliche dominus den colonus bona fide als servus bei sich hatte. Der colonus wird also nicht als freier Mensch — als Gegenstand des Besitzes hingestellt, sondern als Individuum, welches der Andere als Sklaven besessen haben will, und dieser Zustand wird mit Rücksicht — einerseits auf die in dem Gesetze vorausgesetzte bona fides des angeblichen Besitzers, andererseits auf das in der Flucht des betreffenden Individuums gelegene, auch sonst gesetzlich (cfr. l. 10. D. de liber. causa (40. 12.) klar ausgesprochene Präjudiz geschützt. Wenn es übrigens eines Beleges dafür bedürfte, daß auch nach den römischen Gesetzen ein freier Mensch nicht Gegenstand des Besitzes sein kann, so findet sich auch dieser in l. 23. §. 2. D. de adquir. vel amitt. poss. (41. 2.) und l. 30. §. 1. D. ibid.

Höchst zweifelhaft ist dagegen die Frage, ob Familienrechte, und insbesondere das elterliche Erziehungsrecht, als quasi possessio juris angesehen und durch die geeigneten possessorischen Rechtsmittel geschützt werden können. Gegen die Annahme eines solchen Quasibesitzes erklärt sich eine kleine Monographie eines Ungenannten:

Versuche über den Quasibesitz, Halle 1806. S. 68 ff.

wo ausgeführt wird, daß außer dem status servorum im römischen Rechte nirgends vom Besitz eines juris perso-

narum die Rede sei. Die Ausführung ist nicht sehr befriedigend. In besonderer Beziehung auf unsere Materie wird aus der oben §. 17. ausgehobenen l. 2. §. 1. D. de interd. (43. 1.) argumentirt (statt deren übrigens irrig l. 2. §. 1. D. uti possid. citirt wird, a. a. O. S. 74.).

Für die Annahme eines solchen Quasibesitzes dagegen spricht sich aus:

> Hufeland, über den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts (v. Jahr 1816). Thl. II. Abthl. 1. VII. S. 75 ff.

Er geht (mit Beziehung auf Savigny) von der Anwendbarkeit der Grundsätze des Besitzes auf die neueren Verhältnisse — Diöcesan- und andere kirchliche Rechte, Landeshoheits- und Patrimonialgerichtsbarkeits-Rechte aus und argumentirt, daß die aus der Ausübung von Rechten hervorgehenden Folgen — Rechtsvermuthung für das dem Besitzer zustehende Recht, Vorzug im Streite mit Andern, Abhaltung der Gewaltthätigkeit — auch auf Standesrechte, Vormundschaftsrechte, die Rechte des Ehegatten, der väterlichen Gewalt 2c. anwendbar seien, und daß zur Behauptung solcher Rechte sich eine Klage gegen Jeden, mit welchem man dabei zusammenstößt, ohne daß irgend ein besonderes Rechtsverhältniß vorausgesetzt werde, anstellen lasse.

Gegen die Ausdehnung des Rechts des Besitzes auf die Familienrechte spricht sich aus:

> v. Savigny, Lehre vom Besitz, §. 49. S. 617 (6. Aufl.).

Davon ausgehend, daß nach römischen Grundsätzen das ganze Recht des Besitzes darauf beruhe, daß die bloße Ausübung eines Rechts ohne alle Rücksicht auf die Existenz des Rechts selbst gegen bestimmte Formen der Verletzung geschützt werden soll, dieses aber nach dem römischen Rechte blos bei dem Eigenthume und jus in re stattgefunden habe, erkennt er zwar an, daß durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten Rechte erzeugt

und mit dem Besitze des Grund und Bodens verbunden worden seien — wie Landeshoheits-, Diöcesan- und Jurisdictions-Rechte der Güterbesitzer, bei welchen, wie bei den deutschen Reallasten, ein ähnlicher Schutz der bloßen Ausübung denkbar sei, wie bei dem Eigenthume, und deren Besitz sich immer auf den Besitz des Bodens, d. h. auf die Ausübung des Grundeigenthums reduciren lasse, und daß daher hier die analoge Anwendung der römisch rechtlichen Grundsätze begründet und somit der Schutz der bloßen Ausübung solcher Rechte natürlich und konsequent sei. Dagegen führt er aus, daß eine gleiche Anwendung auf die Rechte des persönlichen Zustandes, insbesondere die Familienrechte, nicht zulässig sei, weil hier kein Recht des bloßen Besitzes stattfinde, d. h. kein jus obligationis bestehe, wodurch die Ausübung eines andern Rechts gesichert würde, ohne alle Rücksicht auf das Dasein dieses andern Rechts selbst. Bei diesen Rechten sei der Schutz des Rechts nichts Anderes als eine provisorische Verfügung über den Besitzstand, welche in unmittelbarer Verbindung mit der endlichen Entscheidung des Rechts selbst stehe.

Die von

Geiger, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XIII. Abh. X. §. 15. S. 276 ff.,

versuchte Widerlegung der Savigny'schen Ausführung ist nicht überzeugend. Es reducirt sich hiebei am Ende Alles auf das Argument, daß das kanonische Recht auch bei dem Eheverhältniß des Besitzes Erwähnung thue. Allein es widerlegt sich solches am besten durch den von dem Verfasser selbst incidenter (S. 278.) ausgesprochenen Satz, daß der provisorische (faktische) Zustand, der in solchen Fällen hergestellt werden müßte, es sei, was durch possessio bezeichnet werde (vgl. auch unten §. 22.).

Mit besonderer Beziehung auf den Gegenstand unserer Untersuchung soll nun gezeigt werden, daß die besondere Natur der Familienrechte und insbesondere des Erziehungs-

rechts und eine Vergleichung dieser Rechte mit andern Rechten, welche anerkannter Maßen Gegenstand des Besitzes sein können, im Wesentlichen auf die gleichen Resultate führt, welche Savigny hauptsächlich aus den allgemeinen Merkmalen des Besitzes ableitet.

§. 19.

Fortsetzung. Ausführung der Frage.

Die Familienrechte haben unzweifelhaft Etwas von der Natur dinglicher Rechte. Treffend ist das hiefür aufgestellte Kriterium, daß sie „auf eine allgemeine Unterordnung einer abhängigen Person unter die befugte Person gerichtet" seien, sowie ihre Bezeichnung als „dinglich — persönliche Rechte."

Schweppe, Röm. Privatr. Bd. IV. §. 639.

Wohl nichts Anderes ist gemeint, wenn es

§. 13. J. de action. (IV. 6.)

heißt: praejudiciales actiones in rem esse videntur. Dieser Umstand, und daß, wie

Hufeland, a. a. O. S. 77.

geltend macht, „zur Behauptung solcher Rechte sich eine Klage gegen Jeden, mit welchem man dabei zusammenstößt, ohne daß irgend ein besonderes Rechtsverhältniß dabei vorausgesetzt würde, anstellen läßt", kann allerdings dafür angeführt werden, die Ausübung derartiger Rechte unter den Begriff und die Grundsätze des Besitzes zu subsumiren. Allein bei einer schärferen Auffassung der objectiven Beziehungen des Besitzes zeigt sich doch ein wesentlicher Unterschied.

Die Ausübung des Besitzes des Eigenthümers körperlicher Sachen involvirt eine Verfügung desselben über die Sache, bei welcher nichs Weiteres in Mitte liegt, als eben das Verhältniß zu dieser Sache; auch bei der Ausübung eines Dienstbarkeitsrechts findet eine unmittelbare Einwir-

kung auf die Sache Statt, auf welcher das Recht angesprochen wird, ohne daß hiebei ein weiteres Verhältniß — eine Bedingung vorausgesetzt würde, wovon die Ausübung eines solchen Rechts abhängig wäre. Zwar besteht neben dem Besitz des Servitut-Berechtigten das Recht des Eigenthümers der dienenden Sache, vermöge dessen der Besitz des Ersteren in Contestation kommen — seine Einwirkung auf die Sache gehemmt werden kann; allein dies ändert an dem ebenerwähnten Verhältniß Nichts, da der Besitz des Dienstbarkeitsrechts neben dem Rechte des Eigenthümers besteht, und wenn er an sich gehörig geeigenschaftet ist, auch nach einer sich von dieser Seite erhebenden Contestation oder Hemmung fortbestehen kann. Ein Besitz solcher dinglicher Rechte, welcher immer noch ein Besitz der Sache zum Zweck der daran zustehenden Gerechtigkeit bleibt,

vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 12. (S. 209.), und

Schweppe, röm. Priv. Recht, Bd. II. §. 223.

bildet daher ebenso, wie der Eigenthumsbesitz, ein selbstständiges Verhältniß, und es entspricht daher ganz der Natur der Sache, wenn diesem Quasibesitz von Rechten derselbe gerichtliche Schutz verliehen ist, wie dem Eigenthumsbesitz. Bei den deutschrechtlichen Reallasten findet hinsichtlich der objectiven Beziehung des Besitzes nicht ganz das gleiche Verhältniß Statt; die Ausübung dieser Rechte geschieht in der Regel nicht durch eine unmittelbare Einwirkung auf die pflichtige Sache, sondern ist durch eine Thätigkeit des Eigenthümers derselben bedingt, so besonders das Recht auf Dienste, auf Grundzinsen u. dgl., oder geschieht wenigstens die Ausübung jener Rechte mehr oder weniger unter Vermittlung einer solchen Thätigkeit des Eigenthümers, wie z. B. bei dem Zehntrechte. Dieser Unterschied von dem Besitzverhältnisse bei dem römischen jura in re läßt sich zwar bei solchen Rechten, welche in Leistungen von den Erträgnissen des Guts bestehen, damit beseitigen, daß die-

selben unter den Gesichtspunkt einer an die Stelle des unmittelbaren Bezugs tretenden Theilung zwischen dem Eigenthümer und Abgabeberechtigten gestellt werden, was namentlich bei dem Zehnten ganz wohl angeht und auch auf fixe Naturalgefälle — ja selbst vermöge einer freilich etwas weit getriebenen Fiction noch auf Grundzinsen ausgedehnt werden kann. Allein bei dem Recht auf Dienste — Realfrohnen — will es mit einer Anwendung des Kriteriums der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache nicht mehr gut gehen. Dennoch bleibt bei der Ausübung dieser Rechte immer noch die Beziehung auf die Sache, deren Eigenthümer die Dienste zu leisten hat, als wesentliches Fundament des Rechts, welchem der Schutz des Besitzes gewährt wird, bestehen; der Anspruch an die Person des die Dienste Leistenden bildet kein die Ausübung des Besitzes bedingendes Moment und beruht nicht auf einem besondern Verhältnisse gegen diese Person, sondern ist nur ein mittelbarer, welcher durch das Verhältniß begründet wird, in welchem die Person des Leistenden selbst auch gegen die pflichtige Sache steht; es kann also auch der Besitz des Frohnberechtigten immer noch als eine Einwirkung auf die pflichtige Sache angesehen werden, welche nur das Eigenthümliche hat, daß sie durch eine dem Gutseigenthümer vermöge seines Verhältnisses zur pflichtigen Sache obliegende Thätigkeit vermittelt wird.

Vergleicht man nun aber mit diesen Verhältnissen das des Familienrechts, so tritt hier die wesentliche Verschiedenheit hervor, daß der Ausübung des Familienrechts keine andere objective Beziehung unterstellt werden kann, als die auf die Person, welche selbst Rechtssubject ist, daß also, abgesehen davon, daß die Verfügung über eine Person ganz anderer Natur ist, als die Verfügung über eine Sache, die Ausübung des Familienrechts bezüglich dieser Person selbst bedingt ist, also nicht als selbstständiges Recht angesehen und geschützt werden kann.

Aus dem Begriff und den Axiomen der Lehre des Be-

sitzes fließt es, daß das objective Verhältniß, auf welches sich derselbe bezieht, ein passives sein muß; denn sollen die Acte der Ausübung eines Rechts lediglich als solche aufrecht erhalten werden, so muß die Verfügung über den Gegenstand dieses Rechts, ohne ein hiervon ausgehendes rechtliches Hinderniß oder eine hierin gelegene Bedingung möglich sein. Dies ist nun aber wohl bei der Ausübung dinglicher Rechte an Sachen, nicht aber bei der Ausübung von Familienrechten an Personen, welche als selbst Rechtssubjecte nicht in dem Verhältnisse der reinen Passivität stehen, der Fall. So ist, wenn man unsern Fall, das Erziehungsrecht, in das Auge faßt, dessen Verfolgung zunächst dadurch bedingt, daß derjenige, welcher solches anspricht, zu dem bezüglichen Kinde in einem Verhältnisse steht, vermöge dessen er rechtlichen Anspruch auf seine Erziehung hat, sodann aber, wenn auch dieses Verhältniß nachgewiesen ist, daß dessen Ausübung mit den Rechten des Kindes auf eine gute Erziehung verträglich ist.

Zwar scheinen diese Bedenken auch bei Landeshoheits-Diöcesan-Jurisdictions-Rechten einzutreten; denn auch die Ausübung dieser Rechte hat eine objective Beziehung auf Personen, welche Rechtssubjecte sind und sich bei Ausübung jener Rechte nicht im Zustande einer bloßen Passivität befinden, wie z. B. nicht zu bezweifeln sein wird, daß wenn ein vollkommen Unbefugter Patrimonial-Gerichtsbarkeitsrechte ausüben wollte, oder ein an sich Befugter solche Rechte mißbrauchen würde, die betreffenden Gerichtsuntergebenen sich solchem nicht in unbedingter Passivität zu unterwerfen hätten, und man könnte daher der obigen Ausführung entgegenhalten, daß auch hier eine freie Verfügung über den Gegenstand des innehabenden Rechts nicht stattfinde, ohne daß man deßhalb irgend Bedenken trage, die fraglichen Rechte unter die Grundsätze des Besitzes zu stellen. Diesem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, daß die fraglichen Rechte keine concludenten Folgerungen auf unsern Fall zulassen, weil sie ganz andern Rechtsgebieten anheimfallen,

indem auch die Patrimonialgerichtsbarkeit wenigstens eine öffentlich rechtliche Beziehung hat. Sodann ist zu beachten, daß dieselben doch immer zunächst auf das Verhältniß zum Grund und Boden sich gründen (vgl. v. Savigny a. a. O. S. 613. 614.), und gegen die bezüglichen Personen nicht vermöge eines besondern gegen diese zustehenden Rechts ausgeübt wird, sondern ihre Unterwerfung auf dem Verhältnisse beruht, in welchem sie zum Grund und Boden stehen (ganz ähnlich dem oben erörterten Verhältnisse bei dem Besitze von Frohndiensten). Auch kommt der Besitz solcher Rechte wenigstens in der Regel nicht gegenüber von dem Einzelnen in Betracht, sondern es bildet das ausgeübte Recht in seiner Beziehung auf die Gesammtheit der in dem Jurisdictions ꝛc. Bezirk befindlichen Personen den Gegenstand des sich ergebenden Besitzstreits, dies besonders, wo solcher gegen einen Dritten besteht, und hier verschwinden die Beziehungen zu den Rechten der bezüglichen Personen so sehr, daß es ganz klar wird, daß das Recht und dessen Besitz in der That nur auf Grund und Boden, nicht auf die hiemit im Verbande stehenden Personen gerichtet ist. Hiernach dürfte jedenfalls so viel unbestreitbar sein, daß aus der Anwendung der Besitzlehre auf die zuletzt angeführten Rechte des Hoheits-, Diöcesan- und Jurisdictions-Verhältnisses kein gleicher Schluß auf die Familienrechte gezogen werden kann.

Die Unverträglichkeit der in Vorstehendem hervorgehobenen besondern Natur der Familienrechte mit der Anwendung des Besitzrechts auf solche tritt am Klarsten hervor, wenn man die Richtungen näher in das Auge faßt, welche die Geltendmachung des Besitzrechts nehmen kann. Der Schutz im Besitz von Rechten kann sowohl gegen den Eigenthümer oder Besitzer der pflichtigen Sache, als gegen Dritte, welche die Ausübung des Rechts stören, verlangt werden; so kann z. B. der Besitzer eines Dienstbarkeitsrechts sowohl gegen den Besitzer der dienenden Sache, welcher die Ausübung des Rechts wegen behaupteter Freiheit

des Guts stört, als gegen den Dritten, welcher die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts etwa um deßwillen stört, weil er die Dienstbarkeit für sich in Anspruch nimmt, Klage auf Schutz im Besitz erheben, ebenso der Frohnberechtigte sowohl gegen den Besitzer des dienstpflichtigen Guts auf Leistung der Dienste, als gegen den Dritten, welcher diese Frohndienste für sich in Anspruch nimmt. Es ist kein Zweifel, daß auch ein Familienrecht sowohl gegen die Person des demselben Unterworfenen, als gegen den Dritten, welcher behauptet, daß ihm solches zustehe, an sich Anspruch auf Schutz hat; so z. B. das Recht der väterlichen Gewalt von dem Vater sowohl gegen das Kind, welches sich solchem etwa wegen behaupteter Emancipation entzieht, als gegen einen Dritten, welcher selbst die väterliche Gewalt behauptet, verfolgt werden kann, eine Casuistik, welche auch bei dem Erziehungsrechte gedacht werden kann. Will man nun das Recht des Besitzes auf solche Familienrechte anwenden, so muß man konsequent nicht nur den Besitz gegen den Dritten, welcher sich dasselbe anmaßt, sondern auch gegen die demselben unterworfene Person, welche sich demselben entzieht, schützen. Für das Erstere läßt sich noch die dem Besitzer zustehende Rechtsvermuthung mit einigem Schein anführen, besonders in Fällen, wo der Dritte eigentlich gar keine Gründe für sich hat, sondern sich blos in via facti befindet; das Letztere dagegen führt zu einer offenbaren petitio principii. Der Berechtigte sollte in Ausübung eines Rechts geschützt werden, welches er nur ausüben darf, sofern die Rechte desjenigen, gegen welchen er es ausüben will, dessen Ausübung nicht im Wege stehen. Hier kann keine Rechtsvermuthung für ein dem Besitzer zustehendes Recht geltend gemacht werden, weil die Ausübung des Rechts ebenso wie das Recht selbst durch die Rechte des Gegners bedingt ist.

Allein auch in ersterer Beziehung — bei Verfolgung des Besitzes des Familienrechts gegen den Dritten wird wenigstens in den Fällen, wo der Dritte der Besitzesklage

(unter Anfechtung des gegnerischen Besitzes) die Behauptung eines ihm selbst zustehenden Rechts oder eines (bessern) Besitzes entgegensetzt, jenes Verhältniß von Einfluß; der Streit über den Schutz im Besitz ist hier auch auf Seite des Beklagten von einem besondern, durch die Rechte der Person, bezüglich deren gestritten wird, bedingten Verhältniß abhängig und es wird sich in dem einzelnen Streitfalle in der Regel ergeben, daß die Entscheidung des Streits über den Besitz ohne eine Untersuchung des Rechtsstandes selbst gar nicht möglich wäre — nach dem Ausdrucke der Praxis in das Petitorium (welches den Gegensatz des für zulässig erachteten possessorischen Streits bilden würde) führen müßte.

Mit Vorstehendem ist dargethan, daß die Anwendung der Besitzeslehre auf Familienrechte durch keinen der gewöhnlich hiefür geltend gemachten Gründe — Aehnlichkeit des Verhältnisses dinglicher Rechte, Begründung der Rechtsvermuthung für den Besitzer und des Vorzugs desselben im Streit mit Andern, Verfolgbarkeit gegen Dritte — gerechtfertigt ist und es ist nur noch zu bemerken, daß auch der von

Hufeland, a. a. O. S. 76.

angeführte Grund, daß es auch bei Familienrechten auf die Abhaltung von Gewaltthätigkeiten ankomme, nicht entscheidend sein kann, da dieser Grund am Ende bei jeder Störung von Rechten für eine solche Anwendung angeführt werden könnte und an sich nicht weiter als die Nothwendigkeit und Zulässigkeit einer Provisionalverfügung beweisen kann.

§. 20.

Ueber Anwendung von Provisional-Verfügungen bei solchen Streitigkeiten. — Allgemeines.

Wie schon oben §. 18. erwähnt, erklärt v. Savigny den Schutz, welcher der Ausübung von Familienrechten gewährt werde, für provisorische Verfügungen, welche in unmittelbarer Verbindung mit der Entscheidung des Rechts

selbst stehen. Wirklich wird man bei den Streitigkeiten über Familienrechte eigentlich von selbst auf diese dem Besitzverfahren so nahe verwandten Mittel eines interimistischen Rechtsschutzes geführt, sobald man dieselben von der Anwendung der possessorischen Rechtsmittel ausschließt, und das römische Recht weist gerade bei dem interdictum de lib. exhib. hierauf hin.

l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43. 30.)

Daß bei solchen Streitigkeiten Provisionalverfügungen statthaft und ganz geeignet sind, diejenige Rechtshülfe zu gewähren, welche bei Rechten, wo ein eigentlicher Quasibesitz angenommen werden kann, durch die possessorischen Rechtsmittel zu erlangen ist, kann in Ansicht der bekannten und in den wesentlichen Punkten unbestrittenen Grundsätze, welche die Lehre von Provisionalverfügungen bilden, keiner Ausführung bedürfen, und es ist als besonderes Moment hiefür nur das hervorzuheben, daß bei solchen Verfügungen ihrer Natur nach nicht blos auf die faktischen und rechtlichen Verhältnisse der streitenden Theile selbst, sondern auch zugleich auf die Rechte der Personen, welche, obgleich bei dem Streite wesentlich betheiligt, doch nicht hieran Theil nehmen, also insbesondere der Kinder die nöthige Rücksicht genommen werden kann. Nur darf hiebei nicht außer Auge gesetzt werden, daß auch die Rechte derer, welche sich um das Zustehen oder die Ausübung eines Familienrechts, so insbesondere das Erziehungsrecht streiten, unzweifelhaften Anspruch auf Beachtung und Hülfe haben und auch neben den Rechten der Kinder, soweit sich dies mit den letztern verträgt, behalten, und daher nicht blos bei solchen Provisionalverfügungen, wo die Rücksicht auf die Kinder das Hauptmotiv bildet, zur richterlichen Erwägung kommen müssen, sondern auch da, wo die Rechte der Kinder in keine besondere Collision mit den Rechten der Eltern kommen, für sich allein solche Verfügungen motiviren können.

Die Abhandlung Gönner's über die Lehre von den provisorischen Verfügungen,

Band IV. Abh. LXXIX. (II. Ausg.) S. 291 ff. in welcher auch über die Anwendung derselben bei Streitigkeiten über Kindererziehung eine besondere Ausführung enthalten ist (§. 36. S. 356 ff.), hat jenen Gesichtspunkt ganz bei Seite gesetzt. Wozu dies in der Anwendung führen kann, zeigte ein famos gewordener Proceß der neuern Zeit, in welchem ein Untergericht aus einer offenbar viel zu weit getriebenen Sorge für das Erziehungswohl der Kinder, in einer Sache, wo dasselbe nicht einmal für das Hauptverfahren competent war, und auf den Grund der in unförmlichem Verfahren erhobenen, theils sehr schwach bescheinigten, theils ganz unzureichenden Thatsachen eine Provisionalverfügung traf, vermöge deren dem Vater vier Kinder auf eine wahrhaft Mitleid erregende Weise entzogen und der Mutter unter entschiedenem Widerstande eines Theils der Kinder selbst zugewiesen wurden, gegen welche Verfügung der beschwerte Vater bei dem Mittelgericht keine Abhülfe und erst durch ein dieselbe aufhebendes Urtheil des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck Recht fand, jedoch fruchtlos, da die Frau mit den Kindern sich dem Vollzuge dieses Erkenntnisses durch eine heimliche Flucht nach England (ihrem Vaterlande) — wahrscheinlich für immer zu entziehen wußte.

S. die von dem Vater in Druck gegebene aktenmäßige Darstellung dieses Processes, unter dem Titel:

Ausgeübter Kinderraub gegen einen preußischen Unterthan ꝛc., nebst Anhang. II. Ausg. Charlottenburg 1845 (Verlag von E. Bauer).

Zu vergl. Anzeige dieser Schrift in den kritischen Jahrbüchern, herausgegeben von A. R. Dr. R. Schneider. 1845. Bd. XVIII. S. 1029.

Daß bei Provisorien leitender Grundsatz sein muß, den status quo so wenig wie möglich zu verrücken, folgt aus dem Begriffe und den obersten Grundsätzen dieses Rechtsschutzmittels.

Vgl. Gönner, a. a. O. §. 9. u. 10. S. 307. 308. 310.

Puchta, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. V. Abh. VII. §. 5. S. 126. 127.

Allein ebenso sehr der Natur der Sache entsprechend ist es, daß da, wo einmal eine Verrückung des status quo begründet erscheint, die Grundsätze zu berücksichtigen sind, welche bei Feststellung des peremtorischen Rechtsstandes in Anwendung kommen, oder wie

Puchta, a. a. O. §. IV. Nr. 5. S. 121. §. V. lit. d., S. 126.

sich ausdrückt: daß sich das Provisorium nur nach dem richtet, was aus den feststehenden Thatsachen rechtlich folgt — daß es keine Bestimmungen enthalten darf, welche dem Zwecke, die Execution der künftigen peremtorischen Regulirung des Rechtszustandes zu erleichtern, entgegen sind.

Die Grundsätze über Provisional-Verfügungen, so einleuchtend und unzweifelhaft sie sind, werden in den einzelnen Fällen zwar häufig in einer Weise angewendet, welche zu den auffallendsten Mißgriffen führt. Das einemal findet man den faktischen Zustand aus Rücksicht auf eine überschätzte oder gar blos mögliche Gefahr auf die leichtfertigste Weise und ohne alle Beachtung der den peremtorischen Rechsstand bestimmenden Momente umgestoßen, das anderemal wird die Rücksicht auf einstweilige Sicherstellung des Rechts dadurch gänzlich umgangen und versäumt, daß man an dem faktischen Zustande Nichts verändern zu dürfen glaubt, weil die den peremtorischen Rechtszustand normirenden Momente noch nicht bis zur Spruchreife erhoben und festgestellt sind, oder, daß man wenigstens die Aenderungen in dem faktischen Zustande aus dem ebengedachten Grunde Modificationen unterwirft, welche die Rücksicht auf den peremtorischen Rechtsstand ganz oder theilweise unerfüllt lassen. Dem zweiten Fehler liegt häufig das Bedenken zu Grunde, daß das Gericht durch ein Eingehen auf jene

Momente seiner End-Entscheidung vorgreifen könnte. Allein wenn gleich anzuerkennen ist, daß ein solches Vorgreifen im Allgemeinen mit der erforderlichen Unbefangenheit und Stetigkeit der richterlichen Verhandlung und Entscheidung unverträglich ist und leicht wenigstens zum Schein der Inkonsequenz führt, so darf doch die Bedenklichkeit nicht so weit getrieben werden, daß das, was bereits gegeben und für die Provisional-Verfügung von Einfluß ist, eigentlich ignorirt wird und es kann ein präjudicielles Vorgreifen hiebei ganz leicht vermieden werden, wenn die der Provisional-Verfügung zu Grunde gelegten Prämissen in formeller und materieller Beziehung blos als interimistische Annahmen behandelt werden, was um so weniger Schwierigkeit hat, als die oben entwickelten Grundsätze über Ordnung des peremtorischen Rechtsstandes auf Grundlagen beruhen, welche mit den wesentlichen Principien des Provisional-Verfahrens zum Theil coindiciren.

§. 21.

Fortsetzung. — Besondere Sätze für die Anwendung.

Ueber die Anwendung der einschlagenden Grundsätze bei Provisional-Verfügungen läßt sich zwar nach der Natur dieses Verfahrens wenig Bestimmtes sagen, dennoch mögen hier einige Andeutungen hierüber für den uns vorliegenden Fall von Streitigkeiten über das Erziehungsrecht eine Stelle finden. Der schon oben erwähnte Satz, daß der status quo so viel möglich aufrecht zu erhalten ist, welcher in Beziehung auf Rechte, wo von einem Besitze die Rede sein kann, seine Anwendung in Aufrechterhaltung des Besitzstandes findet, läßt in seiner Anwendung auf Familienrechte eine der Lehre vom Besitz ziemlich analoge Durchführung zu, wobei immer nur die in der Natur jener Rechte gelegenen besondern Momente ihrer Beziehung auf Personen, welche selbst Rechtssubjecte sind (vgl. §. 18. 19.), gehörig zu beachten sind. Es fällt also nicht blos die Anwendung

der Grundsätze vom Besitze da ganz hinweg, wo die dem Familienrechte unterworfene Person als unmittelbares Object des Rechts gedacht werden müßte, sondern es müssen auch bei bloßer Zusammenstellung der Lehre vom Quasi-Besitze dinglicher Rechte mit der Ausübung des in Frage stehenden Familienrechts manche Grundsätze, welche vom Besitze dinglicher Rechte gelten, wesentlichen Modificationen unterworfen werden. Die unzweifelhafteste und wichtigste Analogie bieten die Grundsätze von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes dar. Ein durch Gewalt oder in heimlicher Weise begründeter status quo kann nicht beachtet werden, im Gegentheil kann Gewaltthat ꝛc. auch in diesen Verhältnissen es begründen, Wiederherstellung des vorigen Zustandes durch provisorische Verfügungen zu fordern. Fälle dieser Art kommen gerade bei Ehezwistigkeiten häufig vor, und es ist kein Zweifel, daß die gewaltsame oder heimliche Wegnahme der Kinder durch den einen Ehegatten theils hinsichtlich der Rechte des andern Ehegatten, theils bezüglich der Erziehung der Kinder meist die Annahme einer Gefahr begründen wird, welche eine Provisional-Verfügung rechtfertigt.

Da, wo die Rücksicht auf den status quo nicht entscheidet, muß das Erziehungsrecht des Vaters die nächste Grundlage bilden, von welcher bei einer Provisional-Verfügung auszugehen ist. Schon die Natur der obwaltenden Verhältnisse bringt es mit sich, daß diese Annahme in der Regel dem Grundsatze der Aufrechterhaltung des status quo am besten entsprechen wird, da der Vater das Centrum des Familienlebens bildet und seine Wirksamkeit, so insbesondere hinsichtlich der Beischaffung der Alimente die Ausführung der Erziehung bedingt. Jene Annahme steht aber auch in Uebereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte des Vaters, man mag nun von dem römisch rechtlichen Princip der väterlichen Gewalt oder dem einer principalen Mitberechtigung der Mutter mit bloßer Prärogative des Vaters ausgehen (vgl. oben §. 3.); sie rechtfertigt sich ferner auch aus dem Grunde der Corre-

spondenz mit der principalen Alimentenpflicht des Vaters (vgl. oben §. 5.).

Diese Grundlage einer zu treffenden Provisional-Verfügung fällt nun natürlich in den Fällen hinweg, wo der Vater selbst das ihm zunächst zustehende Erziehungsrecht nicht ausüben kann oder will, z. B. anerkanntermaßen ganz unvermögend ist, oder sich der Erfüllung seiner diesfallsigen Pflichten entzieht. Eine weitere Grundlage für eine zu treffende Provisional-Verfügung bildet der gesetzliche Grundsatz, daß die Erziehung bei der definitiven Ordnung des Rechtsstandes in der Regel dem unschuldigen Theile zugewiesen werden soll, und zwar wird sich die Anwendung dieses Grundsatzes auch bei einer zu treffenden Provisional-Verfügung nicht blos durch die Rücksicht auf das Erziehungswohl der Kinder rechtfertigen, sofern die Verschuldung von der Art ist, daß hiedurch die Befürchtung einer schlechten Erziehung begründet wird, so namentlich bei den eine Scheidungsursache abgebenden Vergehen gegen die Sittlichkeit, sondern auch der unschuldige Ehegatte kann verlangen, daß auf dieses ihm dereinst definitiv zuzusprechende Recht schon bei einer Provisional-Verfügung Rücksicht genommen werde. Hiebei ist allerdings vorauszusetzen, daß die Momente der Verschuldung bereits so weit erhoben und insbesondere auch bescheinigt sind, als nach den Grundsätzen über Provisorien überhaupt erforderlich ist (vgl. Gönner, a. a. O. §. 14. S. 316 ff.). Allein das Bedenken, daß das Recht des unschuldigen Ehegatten auf vorzugsweise Zuweisung der Kinder-Erziehung erst durch das Erkenntniß des Ehrichters liquid werde, kann jenem Satze nicht entgegengehalten werden, ohne das leitende Princip des Provisional-Verfahrens ganz zu paralisiren. Der unschuldige Ehegatte hat Anspruch darauf, daß dieses sein Recht gesichert werde, sobald die Gefahr der Vernichtung desselben — überhaupt die Bedingungen einer provisorischen Verfügung zur Sicherung vorhanden sind. Den sämmtlichen in Vorstehendem ausgeführten Grundlagen solcher Provisorien steht

gegenüber die Rücksicht auf das Erziehungswohl der Kinder selbst, jedoch auch hier nur mit der oben erörterten Modification, daß nur bestimmte Gründe einer Gefährdung desselben beachtet werden können (oben §. 2. 6. 11.); liegen keine solche Gründe vor, so bleibt es bei den sonstigen Grundlagen der Normirung der Provisional-Verfügung. Die Anwendung der fraglichen Modification bei Provisional-Verfügungen ist um so gewisser begründet, als sie einer wesentlichen Bedingung der Provisorien überhaupt entspricht. Wenn es irgend eines praktischen Belegs für die Begründung der vorstehenden Sätze bedürfte, so wäre er in dem oben (§. 20.) angeführten Rechtsfalle zu finden, wo fast sämmtliche hier aufgestellte Rücksichten verletzt wurden. Wäre auch nur eine derselben beachtet worden, so wäre der bedauernswerthe Vater vor dem irreparabeln Verlust von vier Kindern bewahrt geblieben.

Noch ist zu bemerken, daß Cautionen, welche man bei den in Frage stehenden Streitigkeiten in der Praxis häufig sowohl zur Abwendung von wirklich begründeten, als selbst zur Unterstützung schwach motivirter Provisional-Verfügungen beantragt oder angewendet findet, nach der Natur derselben in der Regel entweder ganz ungeeignet oder doch als ungenügend erscheinen. Insbesondere bilden Cautionen, deren Gegenstand Geldleistungen sind, kein den imponderablen Interessen, um die es sich hier handelt, irgend entsprechendes Gegengewicht, während eidliche Versprechen, wenn sie auch im einzelnen Falle, was oft schwer zu beurtheilen ist, an sich etwas mehr Garantie versprechen, sich nur selten in einer dem gegebenen Falle adoptirten Weise bestimmen und formuliren lassen.

§. 22.

Ueber die Frage, in wie weit die Anwendung von Privatgewalt zum Schutze des Erziehungsrechts statthaft sei.

Es ist noch eine Frage zu berühren, welche logisch eigentlich an eine andere Stelle gehörte, aber wegen des Zu-

sammenhanges mit den bisherigen Erörterungen besser hier eingereiht wird — die Frage, in wie weit das Erziehungsrecht mittelst Privatgewalt geltend gemacht werden dürfe. Daß solches im Wege der Vertheidigung gegen Privatgewalt geschehen dürfe, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn wenn schon diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche diese Vertheidigung bei dem Besitze gestatten, keine unmittelbare Anwendung finden können, weil nach dem oben Ausgeführten ein eigentlicher Besitz bei dem Erziehungsrecht nicht anzunehmen ist, so ist doch das Recht, Gewalt mit Gewalt abzutreiben, ein allgemeines,

l. 45. §. 4. D. ad leg. aquil. (9. 2.),

welches auf Personen- und Vermögens-Rechte Anwendung finden muß, sofern sich nach der Natur des Rechts und des Angriffs ein Vertheidigungsschutz überhaupt denken läßt.

Vgl. auch Schweppe, röm. Privatrecht. §. 182. (Bd. 1. S. 398 ff.)

Daß aber die Geltendmachung des Erziehungsrechts durch Privatgewalt nicht über die Grenzen der Vertheidigung erstreckt werden, nicht in wahre Selbsthülfe

vgl. Schweppe, a. a. O. §. 161. (Band 1. S. 350 ff.)

übergehen darf, kann kaum eines Belegs bedürfen.

Vgl. Strippelmann, Sammlung von Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel. Thl. IV. Abthl. 1. Nr. VII. S. 99.

Zwar ist hier angeführt, daß Burchardi

im Archiv für civil. Praxis, Bd. VIII. S. 163.

eine solche Selbsthülfe als zuläßig behaupte. Allein offenbar ist hier Burchardi mißverstanden; derselbe spricht blos von einer Selbsthülfe gegen die Kinder und versteht hierunter ohne Zweifel blos das Recht des Vaters, der Ausübung seines Erziehungsrechts gegen die Kinder mittelst Privatgewalt Geltung zu verschaffen.

Vgl. l. 3. Cod. de patr. potest. (VIII. 47.)

§. 23.

Ueber die zur Ordnung des peremtorischen Rechtsstandes bei solchen Streitigkeiten zustehenden Klagemittel.

Sieht man sich in den Acten der Gerichte um, so findet man, daß bei Streitigkeiten über das Erziehungsrecht in den Fällen, wo eine heimliche oder gewaltsame Wegnahme der Kinder durch den einen der streitenden Theile stattgefunden hatte, gewöhnlich die Spolienklage zu Hülfe genommen wird. Außerdem ist es meist das interd. de liberis exhibendis, mit welchem die Klage in den gerichtlichen Weg eingeführt wird.

Nach der maßlosen Ausdehnung, welche die Spolienklage nach der Gerichts-Praxis und den Thesen älterer Schriftsteller erhalten hat, erschien dieselbe allerdings als ein convenientes Klagerechtsmittel für derartige Streitfälle, besonders, wenn man hiebei, freilich ganz gegen das Wesen der Spolienklage, in den Streit über das Erziehungsrecht selbst eingeht, was in solchen Fällen gewöhnlich damit geschieht, daß der Spoliant die Rücksicht auf das Erziehungswohl der Kinder geltend macht, was nicht wohl abgeschnitten werden kann, wodurch aber die Sache natürlich leicht ganz in den Streit über das Erziehungsrecht selbst hineingezogen wird.

Wenn es richtig ist, was §. 18. 19. ausgeführt wurde, daß bei Streitigkeiten über das Erziehungsrecht von einem Besitze in keiner Weise die Rede werden kann, so fällt die Statthaftigkeit der Spolienklage hinweg, sobald man anerkennt, daß diese Klage immer nur ein Rechtsschutzmittel für den Besitz bildet. Freilich verirrte man sich bei dieser Klage bis zu einer so dehnbaren Bedeutung des Satzes — spolium est quodvis factum illicitum — daß dieselbe gar nicht mehr auf Fälle, wo es sich um den Schutz eines wirklichen Besitzes — wahren oder Quasibesitzes — handelt, beschränkt, sondern am Ende durch jede Verletzung irgend eines Rechts, sogar eines Vertragsrechts, begründet

und die Anwendung derselben auf ein verletztes Familienrecht, auch wenn solches nicht Gegenstand des Besitzes sein könnte, ganz unzweifelhaft wäre. Eine Widerlegung dieser Auffassung der Spolienklage kann jedoch umgangen werden; man wird auch bei denjenigen Schriftstellern, welche der Spolienklage die weiteste Ausdehnung geben, schwerlich Einen finden, welcher nicht bei derselben ein Besitzverhältniß voraussetzte. Mit mehr Schein könnte man die Zulässigkeit der Spolienklage in dem gegebenen Falle auf einige besondere Bestimmungen des kanonischen Rechts

c. 8. 10. 13. X. de restitut. spoliator. (II. 13.)

gründen.

Vgl. Geiger, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. XIII. Abh. X. §. 15. S. 276 ff.

Alleim im Zusammenhalte mit den Grundlagen der bei uns recipirten Spolienklage

vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 50. S. 619 ff.

kann kaum ein Zweifel übrig bleiben, daß man bei jenen Bestimmungen wenigstens nicht an diese Klage dachte, und wenn auch nicht zu verkennen ist, daß das kanonische Recht und insbesondere auch der Titel, in welchem die oben erwähnten Stellen vorkommen, über den Schutz faktischer Zustände Sätze aufstellt, welche viel weiter gehen, als aus den Begriffen und Grundsätzen der römisch rechtlichen Besitzeslehre abzuleiten ist, so berechtigt dies doch nicht, diese Sätze mit der römisch rechtlichen Besitzeslehre zu einem mixtum compositum zusammenzugießen und so ein dem römischen Rechte ganz fremdes Besitz-Institut zu schaffen, sondern es müssen die Bestimmungen des kanonischen Rechts über Spolien und das hiebei einzuhaltende Verfahren als für sich bestehende Eigenthümlichkeiten aufgefaßt und an das bestehende Recht angereiht werden. In solcher Weise wird man denn auch bei näherer Prüfung der oben angeführten Stellen auf das Resultat kommen, daß es sich

hier durchaus nicht um den Schutz eines eigentlichen Besitzes handelt, sondern lediglich um provisorische Verfügungen, welche unter vorherrschender Berücksichtigung der geistlichen Eigenschaft des ehelichen Verhältnisses getroffen sind und schon aus diesem Grunde keine analoge Anwendung auf unsern Fall zulassen.

Vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes. §. 49. S. 617. 618.

Es erscheint hiernach die Anwendung der Spolienklage auf Fälle der befragten Art in allen Beziehungen als verfehlt, und es können die Fälle, wo man sich ihrer gewöhnlich bedient, nur Provisorien begründen, sofern die Bedingungen hiezu vorhanden sind. Gegen den Gebrauch des interdict. de liber. exhib. ist, wie oben §. 17. schon bemerkt wurde, Nichts zu erinnern, sofern der Vater hiemit die Herausgabe der unter seiner Gewalt befindlichen Kinder zum Zwecke der Ausübung seines Erziehungsrechts verlangt. Allein das ist wenigstens nicht unmittelbar gesetzlich begründet, wenn dasselbe als eine allgemein auf Zuerkennung des Rechts der Erziehung gerichtete Klage angesehen wird. Da jedoch in den Repertorien der Klagen-Schriftsteller kein sonstiges der Intention derartiger Klagen speciell angepaßtes Klagemittel zu finden ist,

vgl. Boehmer, doctr. de act. Sect. II. Cap. 1. §. 22 seq.

Mößler, Lehre von Klagen ꝛc. Thl. II. Cap. 41. §. 3. 4. (Bd. II. S. 526. 527.)

Schmid, Lehrb. von Klagen. §. 289 ff.

da überdies die Schriftsteller selbst auf einen ausgedehnteren Gebrauch dieses Interdicts hinweisen und dasselbe zum Theil ausdrücklich auch der Mutter (mit dem bekannten „utiliter“) zugestehen,

Boehmer, a. a. O. §. 35.

Mößler, a. a. O. Thl. III. Cap. 73. §. 1 ff. (Bd. III. S. 464 ff.)

Schmid, a. a. O. §. 410 ff.
vgl. auch Seuffert, Lehrbuch des Pand. Rechts, Bd. II. §. 484. Nr. 5. (welcher sich hiebei beruft auf l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de lib. exhib. (43. 30.), welche Stellen jedoch die Mutter blos als Beklagte unterstellen, und l. 2. C. de lib. exhib. (VIII. 8.), welche allerdings auf die Mutter sich zu beziehen scheint).
Strippelmann, Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel. Thl. IV. Abth. 1. S. 96.
Mühlenbruch, Pand. Recht. Thl. 3. §. 548. Note 13.
Donelli, Comment. Lib. XX. Cap. 9. §. 11. (ohne besondern Beleg cfr. Lib. XV. Cap. 37. §. 15.),

so ist es natürlich, daß man dasselbe in den Gerichts-Acten auf alle solche Streitfälle angewendet findet. Es ist auch dagegen, wenn derartige Streitigkeiten mit dem interd. de lib. exhib. eingeleitet werden, um so weniger etwas einzuwenden, als das Interdicten-Verfahren schon nach dem römischen Rechte zunächst ein einleitendes war, welches unter gewissen Voraussetzungen in den Gang des ordentlichen Processes überging.

Vgl. Wächter, Erörterungen aus dem röm. 2c. Privatrecht. Heft 2. S. 7 ff.

Indessen ist dasselbe, selbst bei Zulassung der weitesten Ausdehnung, doch nicht für alle Fälle ausreichend; so insbesondere nicht dann, wenn nicht auf Herausgabe der Kinder, sondern lediglich auf Zuerkennung des Erziehungsrechts geklagt werden will, was wohl vorkommen kann, wenn z. B. der klagende Theil die Kinder etwa blos in Folge einer vorgängigen provisorischen Verfügung bereits bei sich hat, oder dieselben am dritten Orte sich befinden. Daß nun aber von einem der Ehegatten gegen den andern auf Zuerkennung des Erziehungsrechts und — je nach Umständen auf Ausfolge der Kinder zu diesem Zwecke auf den

Grund der Bestimmungen des Codex und der Novelle geklagt werden kann, wenn schon keine besonders benannte und formulirte Klage hiefür gegeben ist, kann keinem Zweifel unterliegen; denn wenn irgendwo der Satz Anwendung findet: ubi jus non deest, nec actio deesse debet,

Schweppe, röm. Priv. Recht. Bd. I. §. 163,

so muß dies hier der Fall sein.

Die vorliegende Frage wird durch eine römische Gesetzesstelle

l. 1. §. 2. D. de rei vindicat. (6. 1.)

in einer Weise berührt, daß man versucht sein könnte, hieraus wenigstens indirekte Folgerungen hiefür abzuleiten. Es ist hier gesagt, daß freie Personen, so z. B. die in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinder nicht mit einer Vindication gefordert werden können, sondern daß hier entweder Präjudicial-Klagen oder Interdikte, oder eine cognitio praetoria Platz greife, wobei übrigens noch eine besondere Art der Vindication (adjecta causa ex lege quiritium) für statthaft erklärt wird. Letztere Klageform fällt für uns als rechtshistorische Antiquität ganz hinweg.

Vgl. Archiv für civil. Praxis. Bd. VI. S. 259. 293. 294.

Göschen, Vorlesungen über das Civil-Recht. Thl. III. Abthl. 1. §. 739.

Die Präjudicial-Klagen beziehen sich blos auf Fälle, wo es sich um die Existenz eines status — Familienrechts — handelt; die Himweisung auf die Interdikte führt in unserem Falle blos auf die interd. de liberis exhibendis item ducendis, deren Anwendung, wie bemerkt, nicht überall ausreichend ist; es bliebe also noch die cognitio praetoris übrig. Allein es fragt sich hiebei, was hierunter verstanden ist, ob blos die aus besondern Gründen an die Stelle des Interdicts tretenden,

Vgl. Heffter, Institut. des Civ. Proc. III. Buch, 1. Abschn. 1. Tit. S. 402,

oder ob der hiemit bezeichnete Rechtsweg auf Streitigkeiten über die hinsichtlich der Kinder zustehenden Rechte überhaupt ausgedehnt werden konnte. Aus dieser Gesetzesstelle selbst ist Letzteres nicht mit Sicherheit abzuleiten, da solche zunächst den Fall eines Streits über Herausgabe des Kindes im Auge hat. Das ganze Interesse, welches die Bedeutung der vorliegenden Pandektenstelle für unser Verfahren noch hat, dürfte sich daher auf die Frage reduciren, ob hiernach anzunehmen sei, daß die Streitigkeiten über das Erziehungsrecht unbedingt dem summarischen Verfahren anheimfallen. Neben dem, daß schon die Annahme, daß die Präjudicial-Klagen selbst unbedingt dem summarischen Verfahren zuzuweisen seien,

Boehmer, doctr. de act. Sect. I. c. 3. §. 2.
Schmidt, Lehrb. v. Klagen. §. 219.
Schmidt's Commentar zu diesem Lehrb. ad §. 219,

erheblichen Bedenken unterliegt,

vgl. Mößler, Lehre von gerichtl. Klagen ꝛc. P. II. Cap. 35. §. 9. Bd. II. S. 471 ff.,

folgt jedenfalls aus den hiefür angeführten Gründen für die Klage über einen Streit wegen des Erziehungsrechts Nichts, zumal wenn man anerkennt, daß die bei derartigen Streitsachen etwa vorliegenden dringenden Fragen sich für Provisional-Verfügungen eignen (vgl. §. 20.).

Für Klagen, welche aus einem unbestritten vorhandenen status hervorgehen, unter welche auch unser Fall fällt (im Gegensatze gegen die Präjudicial-Klagen, wo über die Existenz des status selbst gestritten wird), stellt

Schmidt, Lehrb. v. Klagen. §. 218 ff. u. 419,

die Annahme einer „imploratio intuitu status“ auf, mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß für solche Fälle blos eine Imploration statthaft sei, und weist sonach diese Klage ausschließlich dem summarischen Verfahren zu,

vgl. Schmidt a. a. O. §. 57. und Schmidt Commentar ꝛc. zu §. 57. Bd. 1. S. 72. 73,

ohne jedoch weder die Annahme einer solchen Klage überhaupt, noch deren Classification als summarische gesetzlich zu begründen. Mit der Ansicht Schmidt's scheint im Wesentlichen einverstanden:

Mößler, a. a. O. §. 13. S. 475. §. 22. S. 489,

wogegen

Boehmer, doctr. d. a. Sect. II. Cap. I. §. 31. u. 35.

für solche Fälle blos auf das interdict. de liberis exhib. kommt.

Es wird jedoch überhaupt ein ungehöriger Versuch sein, die Form und Natur der für unsern Fall anzuwendenden Klage aus dem römischen Rechte ableiten und hiernach abgrenzen zu wollen, da solchem die wesentliche Verschiedenheit des Verfahrens und des hierauf einfließenden Gerichts-Organismus offenbar im Wege steht.

Man hat nun zwar für die Behauptung der summarischen Natur solcher Klagen auch deutsche Reichsgesetze, insbesondere

Kammer-Gerichts-Ordnung, P. I. tit. 16. §. 10. P. III. tit. 9. §. 6. u. tit. 3.

geltend machen wollen. Allein die beiden ersten Gesetzesstellen beziehen sich blos auf Vormundschaftssachen, zu welchen unser Fall unzweifelhaft nicht gehört; die dritte Stelle dagegen enthält keine specielle Bestimmung hiefür.

Es wird daher bei uns die Frage über die Begründung eines summarischen Verfahrens bei den fraglichen Streitigkeiten lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen hierüber zu beantworten und daher solches nicht ausschließlich, sondern nur da rechtlich begründet sein, wo das immer die Regel bildende ordentliche Verfahren mit überwiegenden Mißständen verknüpft ist, welche in keiner andern Weise, besonders nicht durch Provisional-Verfügungen, zu beseitigen sind.

Vgl. Gönner, Handb. d. Proc. P. IV. Abh. LXXX. besonders §. 6. S. 84. u. LXXXI. bes. §. 7. S. 20.

§. 24.

Gerichts-Praxis.

Ueber die Art, wie das Verfahren bei den in Frage stehenden Streitigkeiten eingeleitet zu werden pflegt, ist schon oben (§. 23.) Verschiedenes bemerkt worden. Es ist bekannt, daß man es bei der Wahl und Einführung der zur Verfolgung der Rechte bestimmten Mittel in der Tages-Praxis nicht sehr genau nimmt; man greift zum Nächsten und Dienlichsten und die Gerichte gehen selten auf solche Fragen ein. Es ist daher auch hier in den Sammlungen von Gerichtsfällen wenig zu finden, was für die verschiedenen in Vorstehendem abgehandelten Fragen des Verfahrens von Bedeutung wäre, obgleich Streitigkeiten über die Erziehung der Kinder in früherer Zeit besonders aus Anlaß des Religionspunktes öfter vorgekommen zu sein scheinen, welche sich aber nicht gerade immer auf Scheidungsfälle beziehen.

Einige Rechtsfälle finden sich bei

Faber, Staats-Kanzlei. Thl. 55. Cap. 1. Thl. 56. Cap. 5. Thl. 57. Cap. 3. Thl. 59. Cap. 2. Thl. 60. Cap. 4.

Moser, Hofraths-Concl. T. I. S. 747. 755. 761. 763. T. III. S. 922. T. VI. S. 1.

Allein aus diesen — nach Form und Inhalt ungenießbaren Mittheilungen ist nicht viel weiter abzunehmen, als daß bei solchen Streitigkeiten der Mandats-Proceß für zulässig erachtet wurde, was sich schon aus der Verwandtschaft dieses Processes mit dem Interdikten-Verfahren erklärt.

In den Tübinger Consilien

P. I. Cons. 86.

kommt ein Fall vor, wo dem Vater die Erziehung des Kindes von den Verwandten der verstorbenen Mutter, des Religionspunktes wegen, vorenthalten wurde. In diesem gegen ein Responsum der Universität Ingolstadt gerichteten

Gutachten (bei welchen beiden freilich die gegenseitigen Religions-Tendenzen sichtlichen Einfluß übten) wird principaliter von dem auf der väterlichen Gewalt ruhenden Erziehungsrechte ausgegangen und die im vorigen §. erörterte l. 1. §. 2. D. de rei vind. (6. 1.) an die Spitze gestellt, jedoch, da der Fakultät die Anwendbarkeit dieser vindicatio ex jure quiritum denn doch nicht ganz unbedenklich vorkommen mochte, sofort das interd. de liberis exhib. et ducendis cumulativ herbeigezogen und dessen Grundsätze und Anwendbarkeit auf die Verhältnisse des vorliegenden Falls, besonders den Religionspunkt, umständlich erörtert. Es findet sich in dieser Ausführung zwar ein sehr reicher Apparat von gesetzlichen Bestimmungen und Autoritäten; allein ein den wissenschaftlichen Anforderungen entsprechendes Resultat, besonders hinsichtlich der in Vorstehendem ausgehobenen Zweifelsfragen ist hiermit nicht gewonnen. Es fehlt namentlich auch hier an der bei den Fakultäts-Arbeiten der ältern Zeit in der Regel zu vermissenden Herstellung des Zusammenhanges der römisch-rechtlichen Institute mit unsern wesentlich verschiedenen Verhältnissen und Instituten. Die mehrerwähnte Strippelmann'sche Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel

Thl. IV. Abthl. 1. Nr. VII. S. 95 ff.

bietet Einiges für die Verfahrensfrage, ohne jedoch zu befriedigen. Das interd. de lib. exhib. et duc. wird hier als das für solche Fälle gegebene Klagemittel hingestellt und eine Erörterung der Hauptgrundsätze desselben gegeben, ohne übrigens auf die nach unsern Verhältnissen hervortretenden Zweifel und Lücken einzugehen. Die Unstatthaftigkeit der Annahme eines Besitzes an einem freien Menschen wird zwar unter Aushebung einiger Folgen hiervon anerkannt, aber auf eine nähere Untersuchung der verschiedenen hierbei sich ergebenden Fragen nicht eingegangen. Es ist in dieser Beziehung besonders auch in den mitgetheilten Entscheidungen ein sichtliches Schwanken wahrzunehmen; es ist hier

das eine Mal von einem Schutze im Besitze der Kinder und von der Statthaftigkeit der Einrede des spolium die Rede, das andere Mal wird sich in direkt entgegengesetzter Weise ausgesprochen. Das Anrufen polizeilicher Hülfe wird als nächstes Mittel zur Bewirkung der Herausgabe eines Kindes bezeichnet, und erst, wenn hier Hindernisse, z. B. Einwendungen des Dritten entgegenstehen, auf Anstellung des Interdikts verwiesen, ohne übrigens die Statthaftigkeit eines polizeilichen Einschreitens näher zu begründen.

Werfen wir einen Blick auf die ganze bisherige Ausführung zurück, so stellt sich das dringende Bedürfniß neuer gesetzlicher Bestimmungen in dieser Materie offen hervor, deren Richtung in einigen aus dem Bisherigen größentheils von selbst sich ergebenden Sätzen anzudeuten versucht werden soll.

I. Vor Allem müssen für das Erziehungsrecht überhaupt Grundsätze aufgestellt werden, welche im Einklange mit unseren, besonders hinsichtlich des römisch-rechtlichen Instituts der väterlichen Gewalt wesentlich veränderten Verhältnissen stehen (vgl. oben §. 3.).

II. Das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe muß in einer Weise festgestellt werden, welche sich an die Grundsätze über das Erziehungsrecht überhaupt konsequent anschließt (§. 3.).

III. Es muß dies nach dem leitenden Princip geschehen, daß die Rechte der Eltern die Grundlage bilden, daneben aber das Recht der Kinder auf eine gute Erziehung gehörig gewahrt bleibt (§. 2.). Dabei ist der Rücksicht auf Aufrechterhaltung der Ehe als einem wichtigen Momente der Gesetzgebungs-Politik gehörig Rechnung zu tragen (§. 12).

IV. Diesen zu III. aufgestellten Sätzen entsprechend kann eine neue Gesetzgebung sich ganz an die römischen Gesetzes-Bestimmungen anschließen, wenn als Regel aufgestellt wird, daß dem unschuldigen Ehegatten die Kinder-Erziehung zuzu-

weisen, hiervon aber da abzugehen sei, wo das Erziehungswohl der Kinder solches gebietet (§. 11. 13.).

V. Bei einer neuen Gesetzgebung sind als besondere Fragen in das Auge zu fassen; die nähere Begrenzung des Princips der Verschuldung bei Trennung der Ehe, die Anwendung der aufzustellenden Normen auf den Quasidesertions-Proceß, die Trennung zu Tisch und Bett, die Nichtig-Erklärung der Ehe (oben §. 12.).

VI. Bei Feststellung der Grundsätze des Verfahrens ist zunächst zu bestimmen, welche Organe der Staatsgewalt und in welcher Weise dieselben in derartigen Fällen einzuschreiten haben (§. 14.).

VII. Es liegen entschiedene Gründe vor, wirklich entstandene Streitigkeiten über das Recht der Kinder-Erziehung nach getrennter Ehe der Competenz der ordentlichen Gerichte zuzuweisen (§. 15.).

VIII. Bei Feststellung des gerichtlichen Verfahrens sind vorzüglich Normen über Ordnung des faktischen Standes nöthig (§. 16.); die Grundsätze über Besitz und dessen Schutz können hiefür nicht maßgebend werden (§. 18. 19.); es sind vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Provisional-Verfügungen mit besonderer Anwendung auf die über das Recht selbst bestehenden Normen hieher zu ziehen (§. 20. 21.).

IX. Ueber die zur Ordnung des peremtorischen Rechtsstandes bei derartigen Streitigkeiten zustehenden Rechtsmittel, und besonders auch die Frage, ob solche dem summarischen Verfahren zuzuweisen seien, sind neue Normen erforderlich (§. 23.); welchem Bedürfniß übrigens auch durch ein ohnedies nothwendig werdendes neues allgemeines Klagensystem wird entsprochen werden können.
